

الوسيط في شرح القانون المكي

الجزء الرابع

العقود التي تقع على الملكية

البيع

والمقايضة

ولر

أحمد الزكي

مجمع - دمشق

الْفَيْسِيَّةُ
فِي تَرْجُومَةِ الْقَانُونِ الْمَلَكِيِّ
(٤١)

العقود التي تقع على الملكية
المجلد الأول

البَيْعُ
والمقايضة

تأليف

عبد العزيز بن محمد السني

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد الفاسون الدول بجامعة باريس

دار

الحياة (الطبعة العربية)

مطبعة - بيروت

تمهيد

العقود المسماة

وتقسيماتها المختلفة

•••

(١)

المقود المسماة

١ - المقصود بالمقود المسماة : بعد أن فرغنا من عرض نظرية الالتزام بوجه عام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، ننظر في الأجزاء الثلاثة التالية إلى تطبيق أحكام هذه النظرية وقواعدها المجردة تطبيقاً مفصلاً على عقود معينة بالذات أطلقت عليها أسماء معروفة . وقد عني المشرع بهذه المقود عناية كبيرة ، فخصص لها الكتاب الثاني من القسم الأول من التقنين المنبثق تحت عنوان « العقود المسماة » ، فأعقب هذا الكتاب الثاني الكتاب الأول الذي خصصه المشرع لنظرية الالتزام بوجه عام .

والمقصود بالمقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية ، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ، وذلك نحو البيع والهبة والشركة والإيجار والمقاولة والوكالة ، وقد نظمها المشرع تنظيماً مفصلاً لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي .

وقد كان التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني يقوم على أساس آخر غير الأساس الذي يقوم عليه هذا التمييز في القانون الحديث .

٤ - التمييز بين العقود المسماة والمعمود غير المسماة في القانون الروماني

روماني : بدأت الرد في القانون الروماني تكون شكلية ، بموجبها أوضاع معينة . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، إذ دعت الحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن ذلك بتقدم في التفكير القانوني ، فظهر إلى جانب العقود الشكلية (١) العقود العينية (القرض والعارية والوديعة والرهن) ، والعقود الرضائية (البيع والإيجار والشركة والوكالة) ، والعقود غير المسماة . والعقود غير المسماة عقود اعترف بها القانون الروماني تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي عقود لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، فإذا فعل تكون العقد ، ونشأ بموجبه التزام في جانب الطرف الآخر بأن يقوم هو أيضاً بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الأول (٢) .

وكان الرومان يقسمون هذه العقود أقساماً أربعة : (القسم الأول) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني ، فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بفعل حق عيني كذلك (do ut des) ، من ذلك عقد المقايضة (premutatio) .

(١) والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقد الاستانة (nexum) يتم بالسيكة ويزان ، والعقد الكتابي (litteris) ، والعقد اللفظي (verbis, stipulatio) .
(٢) انظر في منشأ هذه العقود جيرار ص ٥٩٨ وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يجز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشأ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإلزام بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما يكون قد أداه ولم يستوف مقابله . ثم إن لابيون (Labéon) - الفقيه الروماني المعروف أدخل في القانون دعوى (praescriptio verbis) أعطاهم للدائن إذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها . وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها إلى منطقة الاتفاقات . فكانت تغطي في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر على استرداد ما وفاه بدعوى الإلزام بلا سبب . حل أن تسمى هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخراً في عهد جستنيان ، كما كانت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني (أنظر نظرية العقد لثولف ص ١٢٠ عامش رقم ٢) .

(والقسم الثاني) ، عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني ، فيلتزم الطرف الآخر بالقيام بعمل (do ut facias) ، مثل ذلك الحبة بعوض (sub modo) .
(والقسم الثالث) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر أن يقوم بعمل كذلك (facio ut facias) . مثل ذلك أن يسلم شخص شيئاً لآخر فيلتزم الآخر برده عند أول طلب (convention de précaire) . (والقسم الرابع) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عند الحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يرد الثمن المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها . ومن هذا نرى أن عقد المحاسبة يكون تارة عملاً في مقابل نقل حق عيني (facio ut des) وطوراً عملاً في مقابل عمل (facio ut facias) ، وهو أول عقد طبق فيه الرومان دعوى العقود غير المسماة (præscriptio verbis) ، لما رأوه عقداً يدور بين البيع والعمل والوكالة (١) .

ونرى مما تقدم أن تسمية هذه العقود في القانون الروماني بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة ، فإن أغلب هذه العقود كان معروفاً بالإسم . ولكنها دبت كذلك لأنها لا تدخل في نوع من أنواع العقود المسماة التي اعترف بها القانون الروماني : العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود الشرعية والعقود البيطورية . ونرى أيضاً أن التمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى كان ذات أهمية كبيرة في القانون الروماني ، لأن العقد غير المسمى — خلافاً للعقد المسمى — كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، ولا يوجد العقد قبل ذلك . فهي عقود قريبة من العقود العينية التي لانتم إلا بالتسليم (٢) .

٣ - التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون

المجرب : أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إلا في العقود الشكلية

(١) بيجار من ١٠٦ .

(٢) أنظر في أصل ذلك نظرية للعقد لمؤلف نظرية ١٢٤ .

وما بقي من العقود العينية . وإذا كان بمنس العقد يطلق عليه اسم العقود المسماة ،
فليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيمًا خاصًا ، نظرًا لكثرة
تداولها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعدها راسية معتبرة .

وسرى ما هي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد . ونبادر هنا
إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألوه الناس
في التعامل . فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة
في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . ونلمح
التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاظم في مجالات العمل ،
وكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات
المختلفة فيما تتناوله بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم
عقود المقامرة والرهن والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقد نظم
هذا كله التقنين المدني الجديد (١) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر (٢)
والنزول في الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تزايد
سببها كل يوم ، وقد نظمت التقنيات الأجنبية بعض هذه العقود (٣) .

أما العقد غير المسماة - وهي التي يتولى المشرع تنظيمها - فإنها تخضع
لأحكامها للقواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة .
وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد (م ١٢٧) يشتمل على نص
هذا المعنى يجرى على الوجه الآتي : ١ - تسرى على العقود ، المسماة منها
وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ - أما القواعد
التي يفرد بها بعض العقود المدنية فتقرر بها الأحكام الواردة في الفصل المعقود
هذا ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية . وقد حذفت
لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه (٤) .

(١) وأغفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الفاروق الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بمد
أن ألغى نظام الأراضي الخراب - النظام الذي كان عقد الفاروق يقوم عليه .

(٢) وإن كان المشرع المصري قد تناول في القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بجاية
المر - بمس المسائل الذي ينظمها عقد النشر .

(٣) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسري فقد نظم عقد النشر .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ .

ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراث يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي ينفقها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في عمله (١) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئاً على أن يغطي الأول للثاني بعد البيع مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه (٢) . وعقد أحاسبه الذي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين (٣) .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عيرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سماياه ، فقد يكونان محظنين في التكليف ، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر

(١) ويعرف هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat de révélation de succession) : بودرى ودارد ١ فترة ٢٠ ص ١٩ .

(٢) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فترة ٧٧ .
(٣) ديموج ٢ فترة ٩١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملاً على التنازلات متبادلة بين طرفيه ، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (على سيرة المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع . كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، ولا تجب له الرسمية . ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ النزاع والهمة والتبرع ، فإن ذكر هذه الألفاظ إنما سيقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تمليك الخمس لإياها ، فهى لا تؤثر فعال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

وقد أورد الأستاذ والتون (جزء أول ص ٨٠ - ص ٨١) أمثلة على عقود غير مسماة منها :
(١) اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدداً من الأسرة تستخدم لأغراض التعليم الطبي ، ولم يحدد أصل ذلك . فنصت المحاكم الفرنسية بأن العقد ليس إيجاراً ولا بيعاً ولا عقداً مقرراً لحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير مسمى (دويه الاستثنائية ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ١٧٣) . (٢) اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف للتاجر معلومات عن الحالة المالية للتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ، ولا هو إيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد المؤلف ص ١٢٣ هاشم رقم ٤) .

كما في الوصية بخفيها الموصي تحت ستار البيع (١) .

(١) والتكليف بسبقه تفسير إرادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فإذا استخلصنا من الموضوع إرادة المتعاقدين ، أزل عليها حكم القانون لتكليف العقد والكشف عن ماهيته . والتكليف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة التعقيب . ولا تنفيذ المحكمة بتكليف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكليف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكليف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها إيراد . وإذا نجد المتعاقدان أن يكيفا العقد تكييفاً غير صحيح ، فإن التكليف غير الصحيح في ذات الحالة يلتزم بالصورية ونفرد بينهما - كما ذكر الأستاذ اسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - أن الصورية نظري على تصرف ظاهر يخفى وضماً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذا أثبت صاحب المصلحة توسع الحقيق ، فعل هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكليف غير الصحيح فلا ينطوي إلا على تصرف واحد كونه المتعاقدان تكييفاً خاطئاً ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكليف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يمتد المتعاقدان أن يكيفا التصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، الشيء يصحح هذا التكليف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويجب الأستاذ اسماعيل غانم مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - ص ١٠) إلى أن التحايل على القانون لا يقتضي حتماً يكون تكليف العقد تكييفاً غير صحيح ، فقد يكلف المتعاقدان العقد تكييفاً صحيحاً وهما مع ذلك يريدان التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يعطي آخر أكل من ثلث تركته بعد موته مع وجود ورثة له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذا تجاوز الوصية ثلث من ثلث التركة . فبعد إل الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في المال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن التصرف أراد الوصية وكيفاً بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً وتجرد عن ملكه الوصية في المال مستقبلياً لنفسه حق الانتفاع . فالتكليف هنا تكييف صحيح ، ولكن التصرف قصده التحايل على القانون . فيبطل التصرف على تكييفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن رد على المتصرف قصده فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يعمل المتصرف حكم الهبة . حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إماحالا للتكليف الحقيقي ، ويعمل له حكم الوصية من حيث عدم نفاذه إلا في ثلث التركة وذلك متى رد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يبرى القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ ثبت من أن المتصرف أراد التجرد عن ملكه الترتيب في المال واصفاً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بتنفيذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا ينقص التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن التكليف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية - أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت - وكيفها هبة أو بيع . هذا وانظر في أن التكليف يفترض العلم ابتداء بمعاية النفوذ الحقيقية ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعنة مضمونها وبالمقابلة بين ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين والماتية القانونية لشكل عقد من هذه

على أن العقد - سى أو غير سى - قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة ، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سى عقداً مختلطاً (mixte, complexe) ، كما فى العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التى تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة : (١) عدة عقود تمتاز فى عقد واحد ، وذلك كمدبر شركة يتولى إدارتها ويكون وكيلها عنها ، فيتمزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كمعقد نقل بحرى يعقبه عقد نقل برى أو إيجار بفترن بوعده بالبيع . (٢) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأمين أو الذحق بعقد النقل شرط للتخزين . (٣) الجمع بين عناصر متفوقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذى يجمع بين الإيجار والبيع (location - vente) ، وكذلك ووديعة فى المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض (١).

ولست هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق فيه أحكام العقود المختلفة التى يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد فى بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا توافرت الأحكام التى تطبق فى كل عقد من العقود التى يتكون منها ، وفى هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسى وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل ، عقد الإيجار ، ولكن القضاء (١) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة

=العقد يمكن وصف الرابطة التعاقدية أى تكييفها، إن الأستاذ منصور مصطلح منسود فى البيع والمفاوضة والإيجار فقرة ٦ - وأنظر فى مسألة تكييف العقود رسالة الدكتور أحمد زكى الشيقى بالفرنسية سنة ١٩٤٤ .

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ١٢٤ هامش رقم ١ .

(٢) مصر الكلية ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ انجلاء ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .

وضع البدل التي رعاها مشترك فئات عنه المواصلة (١).

٤ - الأغراض المختلفة التي بنوهاها المشرع في تنظيم العقود المسماة:

والعقود المسماة تخضع هي أيضاً للقواعد العامة في نظرية العقد كما تخضع العقود غير المسماة ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد كان يشتمل على نص في هذا المعنى (٢) . ولكن المشرع يعنى مع ذلك بتنظيمها وإيراد فصوص خاصة في شأنها ، توخياً لتحقيق أغراض مختلفة منها :

١ - لما كانت العقود المسماة هي من أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، وقد اعان شيوعها على إرساء قواعدها واستقرار أحكامها ، فإن المشرع أراد بتنظيم العقد الرسمي أن يعهد الطريق للمتعاملين ، فلا يجدون مشقة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، إذ تنبه المشرع لأكثر ما يعرض لهذه العلاقات فتناولها بالتنظيم والتحديد ، ووضع أحكاماً نموذجية هي نتاج خبرة القرون الطويلة . ولم يكن المتعاقدان ليستطيعا التنبه لجميع هذه المسائل ، فتولاها المشرع عنهما . على أن سرع في تنظيمه للعقد المسمى لا يصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية التعاقد في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يؤثرانه . فلو أنهما في بعض المسائل التي نظمها المشرع يريدان حلاً لا أخرى غير تلك التي وضعت ، وكانت هذه المسائل ليست من النظام العام ، فإنهما يستطيعان أن ينسخا الحلون التي وضعها المشرع ، وليس عليهما في ذلك إلا أن يضعوا الحلول التي اختارها فتكون هي المعمول بها دون الحلول التي وضعها المشرع .

٢ - والمشرع عندما يطبق القواعد العامة على عقد مسمى بالذات ، كثيراً ما يجلى تطبيقات خفية لهذه القواعد ، تختلف فيها الأنظار . فيعرض لما فيه خفاء من هذه التطبيقات فيوضحه بنصوص حاسمة لا تدع مجالاً للاضطراب واللبلة . والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر منها ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية وتحمل تبعه الهلاك .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٣٠ .

(٢) هو نص المادة ١٢٧ من هذا المشروع : أنظر آنفاً فقرة ٣ .

٤ - على أن المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام . فايراد نصوص على هذا النحو يعين إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتشيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في العقود المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وفي كثير من نصوص عقد العمل ، وفي الرجوع في الهبة ، وفي الغلط في الصلح ، وفي التزام المرافق العامة ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وفي التأمين بما يشمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير زاه منتشراً في نواح متفرقة من العقود المسماة .

٥ - وقد يعتمد المشرع أخيراً ، في تنظيم العقد المسمى ، إلى تحقيق غرض هام ، هو توجيه هذا العقد وتطويره بحيث يتمشى مع الاتجاهات المتحددة . فعلت في تحريم الرهن الذي يستتر تحت اسم بيع الوفاء ، وفي تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفي تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة في العين المؤجرة ، وفي تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الإيجار بعقد البيع .

ويخلص مما تقدم أن تنظيم المشرع للعقد المسمى ييسر معرفة الأحكام التي تصرى على هذا العقد مرتبة بحسب الأولوية . ففي المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التي أوردها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات . فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها ، وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد أي تطبيق القواعد العامة . ونطبق بعد ذلك المصادر غير التشريعية من عرف ونحوه . ويغلب أن تغطي النصوص الخاصة والقواعد العامة الجزء الأكبر من منطقة العقد الرسمي ، فلا يبقى بعد ذلك إلا حيز ضيق نطبق فيه المصادر غير التشريعية .

(٢)

التفسيرات المختلفة للعقود المسماة

٥ - محاوره فقهية لحصر العقود المسماة وغير المسماة: ذهب بلايول (١)

إلى أن العقود جميعها - مسماة وغير مسماة - يمكن حصرها في طوائف محدودة . ذلك أن محل الالتزام إما أن يكون شيئاً أو عملاً أو حقاً ، والملتزم بموجب عقد إما أن يأخذ مقابلًا لما أعطى وإما ألا يأخذ . فإذا كان المحل ملكية شيء ولم يأخذ الملتزم مقابلًا للعقد هبة ، أما إذا أخذ مقابلًا للعقد بيع أو مقايضة ، ويكون وفاء بمقابل إذا كان المقابل ديناً ، ويكون عقد شركة إذا كان المقابل حصة في شركة . أما إذا كان المحل هو مجرد الانتفاع بشيء ، ولم يأخذ الملتزم مقابلًا للعقد عارية ، وإذا أخذ مقابلًا للعقد إيجار أو قرض بفائدة ، وقد يكون المقابل ذاته . إذا انتفاع فيكون العقد مقايضة انتفاع بانتفاع كما كان مقايضة ملك بملك . إذا كان المحل عملاً ، وكان بغير مقابل فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة أو ، دية غير مأجورة أو خدمة ما غير مأجورة . أما إذا كان بمقابل وهو الغالب فقد يكون العقد إيجار عمل أو ، عقد استصناع أو عقد شركة (والعمل حصة فيها) أو وكالة مأجورة أو ودية مأجورة . وقد يكون المقابل شيئاً آخر غير النقود ، كعامل يأخذ أجره طعاماً ومسكناً . بل قد يكون المقابل نفسه عملاً فيقوم شخص بعمل لآخر ، مثلاً أن يقوم الآخر بعمل له ، وهذه مقايضة عمل بعمل كقايضة انتفاع بانتفاع وملك بملك . وإذا كان المحل حقاً - عينياً أو شخصياً - جاز أن يكون بغير مقابل فيكون هبة ، كما جاز أن يكون بمقابل فيكون بيعاً أو مقايضة أو شركة أو وفاء بمقابل . هذا إذا كان محل العقد نقل الحق ، وقد يكون محله وعن الحق ضماناً لدين ، أو النزول عن الحق نزولاً كلياً أو جزئياً بمقابل أو بغير مقابل . ويرى بلايول إمكان حصر العقود على هذا النحو مادامت العناصر المكونة لها محصورة بطبيعتها .

(١) أنظر مقاله المنشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ١٧٠ وما بعدها .

وإذا كان بلايول بما نقلناه عنه قد استطاع أن يثبت أنه يمكن وضع الأمر منطقي لتقسيم العقود ، فإن ذلك لا يدل على أنه يمكن حصر كل عقد بالذات وما يدخل في ذلك من تلفيق ومزج واختلاط مما تستحدثه ضروب النشاط في ميادين العمل (١) .

٦ - تقسيم العقود المسماة في التقنين المدني السابق : وقد أورد التقنين المدني السابق العقود المسماة دون ترتيب منطقي ودون تنسيق ، فجاءت على الوجه الآتي البيع - المقايضة (في التقنين الرطني فقط) - الإيجار (إجارة الأشياء وعند الماولة وعقد العمل) - الشركة - العارية شرعيا (الاستهلاك والاستعمال) - الإيرادات المرتبة - الوديعة - الكفالة - الوكالة - الصلح - الرهن - الفاروقة - الرهن العقاري

فتوالت العقود تنساق بعضها وراء بعض متنافرة ، في غير ترتيب ولا تنسيق ، حتى ليعجب الباحث كيف حشر هذا التقنين الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وفصل بين رهن الحيازة والرهن الأخرى ، وأورد حوالاة الحق في نصوص البيع ، وجمع ما بين عقود الإيجار والمأولة والعمل في عقد واحد (٢) .

٧ - تقسيم العقود المسماة في مشروع المرنى الجديد : أما السنين المدني الجديد فقد رتب العقود المسماة ترتيباً منطقياً متسقاً راعى فيه المحل الذي يقع عليه العقد . فهناك عقود تنصب على الملكية ، وعقود تقع على المنفعة ، وعقود ترد على العمل . ثم إن هناك عقوداً احتمالية ينضمها أنها تدور جميعاً على احتمال

(١) نظرية العقد للمؤلف لسنة ١٩٢٩

(٢) وقد تمت المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى لتقنين المدني الجديد هذا الاضطراب في البارات الآتية : . إن التقنين المدني الحال (السابق) وضع العقود المسماة بعضها إلى جانب بعض ، دون أن ينظمها ترتيب يتشى فيه منطق سليم ، فشر الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وجمع ما بين عقود الإيجار والاستئجار والعمل في باب واحد مع ما يوجه بين هذه العقود من تباين . وفصل ما بين رهن الحيازة والرهن الأخرى فصلا ينطوى على كثير من التحكم إذ وضع رهن الحيازة بين العقود المسماة ونقل سائر الرهن إلى الكتاب الذي خصصه لحقوق الدائنين . (مجموعة الأعمال التفسيرية ، ص ٥) .

قد يتحقق وقد لا يتحقق . ويتبين التفتين الجديد بعقد الكفالة إذ هو ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ، ويجب في الوقت ذاته أن يتفصل عن عقدى الضمان العيني وهما عقد الرهن الرسمي وعقد رهن الحيازة .

وقد نوهت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الترتيب المنطقي في العبارات الآتية : « أما المشروع فقد راعى في تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضع الذى يرد عليه العقد . فهناك عقود ترد على الملكية ، وهذه هي : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح . وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هي : الإيجار والعارية . وعقود ترد على عمل الإنسان ، وهذه هي : عقد المقاولة وعقد للعمل والوكالة والوديعة والحراسة . وعقود احتمالية ترد على مرضوع غير محقق ، وهذه هي : المقامرة والرهان وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين . وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصي ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية ، وفصلها عن التأمينات العينية من ناحية أخرى » (١) .

فنبحث العقود المسماة على هذا الترتيب في أجزاء ثلاثة من الوسيط .

العقود

التي ترد على الملكية

٨ - العقود التي ترد على الملكية هي موضوع هذا الجزء الرابع

من الوسيط : ونبدأ بالعقد المسماة التي ترد على الملكية - البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلى - ونخصص لما هذا الجزء الرابع من الوسيط . ونبحث العقود المسماة الأخرى في الجزئين الخامس والسادس .

وننظم العقود الواردة على الملكية خصائص مشتركة ، ففيها جميعاً يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر ، ويلتزم في الوقت ذاته بتسليم هذا الشيء وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . أما المتعاقد الآخر فيلتزم من جهته بدفع المقابل الذي تعهد في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه إذا كان هناك مقابل .

ثم بفرد بعد ذلك كل عقد من هذه العقود بخصائصه الذاتية ، فلعقد الهبة خصائص يتميز بها عن عقدي البيع ، المقايضة ، ولكل من عقد الشركة وعقد القرض وعقد الصلح خصائص ذاتية يتميز بها عن العقود الأخرى . وسنرى ذلك تفصيلاً عند بحث كل عقد على حدة .

ولما كنا قد فصلنا القواعد العامة لنظرية الالتزام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، فلا نطيل القول ، في صدد التردد المسماة ، فيما هو مجرد تطبيق لهذه القواعد ، بل نقتصر على الإشارة إليها . أما للذي سوف عنده في العقد المسمى ، فهو ما يتميز به هذا العقد بالذات من قواعد خاصة به تبرز ذاتيته وتبسط مقوماته وترسم سير تطوره ، ونستظهر ما في أحكامه من تطبيقات للقواعد العامة تنظوي على شيء من الحماة ، وما في هذه الأحكام من خروج على القواعد العامة ذاتها . ونوجه عناية خاصة للنواحي العملية في العقد المسمى ، على النحو الذي أبرزته ضرورات التعامل وكشف عنه الله فيما عرض له من خفايا .

ونبحث العقود الواردة على الملكية في أبواب متعاقبة على الترتيب الآتي :

الباب الأول : عقد البيع .

الباب الثاني : عقد المقايضة .

الباب الثالث : عقد الهبة .

الباب الرابع : عقد الشركة .

الباب الخامس : عقد القرض وعقد الدخول الدائم .

الباب السادس : عقد الصلح .

الجزء الأول

عقد البيع

مقدمة^(١)

...

٩ - التعريف بالبيع - نصوص قانونية : أوردت المادة ٤١٨ من القانون المدني تعريفاً لعقد البيع على الوجه الآتي :

* مراجع في عقد البيع : لوران ٢٤ في البيع والمقايضة الطبعة الخامسة بروكسل ١٨٩٣ -
هيك ١٠ في البيع والإيجار باريس سنة ١٨٩٧ - جيواري في البيع والمقايضة الطبعة الثالثة حرمان
باريس ١٩٠٢-١٩٠٤ - أوبري ورو وإسمان ٥ الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٧ - بودري
وسينيا الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٨ - بيدان وليربوريجونير وبريت دي لاجريس
١١ باريس ١٩٣٨ - بلانويول وريير وهامل ١٠ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٤٦ - بلانويول
وريير وبولانجي ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢
الطبعة العاشرة باريس سنة ١٩٤٨ - جوران ٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٣ - أنسيلكويدي
دالوز ٥ باريس سنة ١٩٥٥ .

رسائل لرو (Eyraud) في البيع والإيجار باريس سنة ١٩٠٤ . ١ . ألبير (A. Albert)
في التمييز بين بيع المنقول وإيجار العقار أو المنقول وإتييه سنة ١٩٠٦ - ديزو (Defaye) في الوعد
بالبيع باريس سنة ١٩٠٧ - فواسان (Foissin) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩١٤ -
ميريس (Murisse) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٢٤ - كورني (Cornille) في البيع وإيجار
الأشياء ليل سنة ١٩٢٦ - بوالار (Boillard) في الوعد بالبيع كان سنة ١٩٢٩ - بريتيلاور
(Brétilard) في الوعد بالتفصيل باريس سنة ١٩٢٩ - دوتريش (Dautrich) باريس
سنة ١٩٣٠ - تيريون (Thirion) الإيجار مع الوعد بالبيع نانسي سنة ١٩٣٠ - بوايه (Boyer)
في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٣١ - ديلوميز (Delommez) في الوعد بالبيع ليل سنة ١٩٤٧ .
مؤلفات في القانون المصري والقوانين العربية : الأستاذ أنور سلطان سنة ١٩٥١ - الأستاذان
سليمان مرقس ومحمد علي إمام سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٥٤ - الأستاذ محمد كامل رسي سنة ١٩٤٣ -
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي سنة ١٩٤٦ - الأستاذ جيل الشرفاوي سنة ١٩٥٦ - الأستاذ
عبد النعم الجبراوي ١٩٥٦ و ١٩٥٧ - الأستاذ منصور مسلمان منصور سنة ١٩٤٧ -
الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة - ١٩٥٩) - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع
في القانون المدني المصري سنة ١٩٤٣ - الأستاذ حسن علي الزنون في البيع في القانون المدني
المصري سنة ١٩٥٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف في البيع والإيجار بغداد سنة ١٩٥٦ -
في القانون المدني المصري السابق : الأستاذ محمد حسن عيسى في شرح البيع سنة ١٩١٦ -
الأستاذ أحمد نجيب اللال وحامد زكي سنة ١٩٤٠ (وأفكر سنة ١٩٤٠ في النسخة القديمة) .
وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلة نود أن نذكر إلى الطبقات الجيدة فيما تقدم .

« البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو > مالاً آخر في مقابل ثمن نقدي » (١).

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٠/٢٣٥ (٢).

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٠٦ - ٥٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٢ (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٦ من المشروع التمهيلي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وأصبحت المادة رقمها ٣١ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب والشيخ أدخلت تعديلات لفظية طفيفة أخرى فأصبح الطابق تاماً تحت رقم المادة ٤١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١٩٥٢ - ص ١٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠٠/٢٣٥ : البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل الثمن ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٦ (مطابقة لمادة ١٨ من التقنين المدني المصري . وانظر والتعليق على التعريف من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتمييز بين حكم البيع وحقوقه الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤ - فقرة ٢٧) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٧ (مطابقة لمادة ١٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٦ : البيع مبادلة مال بمال .

م ٥٠٧ : البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة .

(ويلاحظ أن التقنين العراقي جرى في تعريف البيع على نهج الفقه الإسلامي ، فجعل البيع شاملاً للبيع المطلق والصرف والمقايضة . ولم ير حاجة للإشارة إلى السلم ، إذ لم يمد هناك مقتضى لإفراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبلي جائزاً بوجه عام ، لا بيع السلم فحسب ، فتحلل التقنين العراقي بذلك من قيود السلم المعروفة في الفقه الإسلامي : أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدنون في البيع في القانون المدني العراقي فقرة ١٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٧٢ : البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ من ملكية شيء ، أو يلتزم فيه التار في أن يدفع ثمنه .

(وتعريف التقنين اللبناني يقارب تعريف التقنين المصري السابق ، فهو لم يذكر في خصوص البيع إلا ملكية الشيء ، ولم يبين وجوب أن يكون الثمن نقداً) .

وبستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين : اذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابل ذلك ثمناً نقدياً (١). وبستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة ، فالبايع يأخذ الثمن مقابلاً للمبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للثمن . وبستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي ، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً فهو بنقده بمجرد تراضي المتبايعين . وبستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية ، فهو يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري كما هو صريح النص .

وإذا قابلنا هذا التعريف الذي أورده التقنين المدني الجديد بالتعريف الذي كان يشتمل عليه التقنين المدني السابق (٢) ، رأينا أن تعريف التقنين الجديد يمتاز في أمرين : (أولهما) أنه لا يقصر المبيع على ملكية الشيء ، بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى . فيجوز أن يكون محلاً لمبيع ، لاحق للملكية فحسب ، بل أيضاً حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، كما يجوز أن يكون محلاً للمبيع الحقوق الشخصية في صورة حوالة الحق ، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . (والأمر الثاني) أن التعريف يبين في وضوح أن الثمن لا بد أن يكون من النقود . وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف ،

(١) ومن ثم كان البيع بيعاً بالنسيئة إلى البائع ، وشراء بالنسيئة إلى المشتري . وكان الرومان يراعون هذا التركيب المزدوج ، فيسمون العقد « الشراء والبيع » (emptio-venditio) . فإذا اختصروها فن لفظ الشراء (emptio) لا في لفظ البيع (venditio) ، لأن الدور العال في الإجراءات الشكلية وفي الإشهاد في القانون الروماني كان للمشتري لا للبائع (دوير في عقد البيع في القانون الروماني : مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٩٢) . ولا يزال التقنين المدني الألماني يطلق على البيع اسم الشراء (Kauf) ، لعلية الدور الذي يقوم به المشتري (الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٢ ص ٥) . أما التسمية التالية في القوانين اللاتينية وفي الفقه الإسلامي فهي البيع ، لأن أحد الطرفين وهو المبيع يكون عيناً معينة بالذات إما وقت العقد أو عند التسليم ، وتنتسب ذاتيتها على الثمن الذي هو دين في الذمة . كذلك يبرز في خصوص المبيع المدين مثلاً ملكيته وهو البائع على الدائن بهذه الملكية وهو المشتري ، كما يبرز الالتزام على الحق الشحمر مانعنا على لفظ « الالتزام » .

(٢) أنظر نص المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدني السابق في احنية .

ومجيزه عن البيع في الفقه الإسلامي في هذا الفقه بضح أن يكون الثمن من غير النقود فينتسح البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم (١).

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المدد ما يأتى : « أخذ المشروع هذا التعريف عن التفتين المصرى الحال (السابق) وعن التفتين البولوى . ويمتاز عن تعريف التفتين المصرى بأمرين : (أولهما) أنه لا يقتصر البيع على نقل الملكية ، بل يجاوز ذلك إلى نقل أى حق مال آخر . فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود . (الأمر الثانى) أنه يبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود . وهذا وصف جوهري في الثمن يبين أن يذكر في التعريف ، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة . وهذا غير الشرعة الإسلامية ، فقها أن البيع متبادلة مال بمال ، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف . ولا يوجد في النصوص المقابلة تعريف لتفتين أجنبى جمع بين هذين الأمرين . فن التفتينات ما يتفلهما جميعاً ، كما فعل التفتين المصرى السابق ، ومثله الفرنسى (م ١٥٨٢) ، والإيطالى (م ١٤٤٧) ، والهولندى (م ١٤٩٣) ، والبنانى (م ٣٧٢) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٢٢) والويسرى (م ١٨١) ، والسوفييتى (م ١٨٠) ، واليابانى (م ٥٥٥) . ومنها ما يقتصر على ذكر أن المبيع قد يكون حقاً مالياً آخر غير الملكية وينقل أن الثمن يجب أن يكون نقداً ، كما فعل التفتين الفرنسى (م ٥٦٤) ، والتفتين المراكشى (م ١٧٨) ، والتفتين الألمانى (م ٤٣٣) ، والتفتين البولوى (م ٢٩٤) ، والتفتين الصينى (م ٢٤٥) . ومنها ما يعكس الأمر ، فيقتصر على ذكر أن الثمن يجب أن يكون نقداً وينقل النسخ على جواز بيع الحقوق المالية الأخرى غير الملكية ، كما فعل التفتين الأسبانى (م ١٤٤٥) ، والتفتين البرتغالى (م ١٥٤٤) ، والتفتين الأرجنتينى (م ١٣٥٧) ، وتفتين كوبيك (م ١٤٧٢) ، والتفتين النمساوى (م ١٠٥٣) ، والتفتين البرازيل (م ١١٢٢) « مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٤ - ص ١٦ » .

وبأخذ الأستاذ سليمان مرقس (عقد البيع فقرة ١٢ ص ٢٢) على تعريف التفتين الذى الجديد أنه لا يفسر . « عن أهم أثر وترتب على البيع في القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد . ولكن يلاحظ أن انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع ، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشأه البيع . وقد نصت المادة ٢٠٤ مدنى - كما لاحظ الأستاذ سليمان مرقس - على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالتواعد المتعلقة بالتسجيل » . ولا شك في أن جعل الالتزام بنقل الملكية هو الذى ينقلها من تلقاء نفسه أدق من إسناد هذا الأثر إلى عقد البيع ، وبخاصة إذا أحيط هذا الأثر بقيوده فلا تنتقل الملكية إلا إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم دون إخلال بقواعد التسجيل . وهذه كلها قيود لا ترد على عقد البيع ذاته ، فلو لم يكن محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم فإن العقد يبقو بهياً ، وهو مع ذلك لا ينقل الملكية وإنما ينشئ التزاماً بنقلها . وكذلك البيع غير المسجل يبقو

١٠ - البيع ونقل الملكية : ولعل أهم تطور في تاريخ البيع هو تطوره ليكون عقداً نافلاً للملكية ، وصنابع مراحل هذا التطور عند الكلام في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (١) . ونقتصر هنا على القول إن البيع لم يكن في القديم عقداً نافلاً للملكية . فقد كان البيع في القانون الروماني لا يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، بل التزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشتري ، إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية . وكذلك كان الحكم في القانون الفرنسي للقديم ، فكانت الملكية لا تنتقل فيه إلا بالقبض . ولكن مراحل طويلة من التطور في هذا القانون انتهت إلى أن يكون القبض أمراً سورياً ، وكان يكفي أن يذكر في عقد البيع أن القبض قد تم (clause de dessaisine saisine) حتى تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري .

وقطع التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ آخر مرحلة من مراحل التطور ، فجعل البيع ذاته نافلاً للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . ومن ذلك الحين أصبح البيع نافلاً للملكية في التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين المصري السابق والتقنين المصري الجديد ، وإن كان الفقه الإسلامي قد تعجل هذا التطور وجعل البيع نافلاً للملكية قبل ذلك بدهور طويلة ، وسنرى ذلك عند تفصيل القول في هذا التطور فيما يلي (٢) .

١١ - خصائص عقد البيع - استنباهه بمفهوم آخرى : وقد رأينا فيما تقدم أن أهم خصائص عقد البيع هو نقله للملكية حتى في مقابل عوض نقدي ،

— يما ، مع أنه لا ينتقل الملكية إلا بالتسجيل . وهذا ما جعل الأستاذ سليمان مرقس يستخرج فيقول : « ولعل ما حدا للشرح إلى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يرتب عليها هذا الأمر وورفته في وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع » .

وقد قول الأستاذ منصور مصطفي منصور (البيع والمقايضة والإيجار) فقرة ٩ ص ١٤ - ص ١٦) الرد بتفصيل على اعتراض الأستاذ سليمان مرقس . قارن الأستاذ عبد المنعم الجبري (فقرة ٢٣ ص ٢٦) والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي (فقرة ١٢ ص ١٤ - ص ١٦) والأستاذ جميل الفركاوي (فقرة ٧) والأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي (فقرة ٢٧) .

(١) أنظر فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣٢ فيما يلي .

(٢) أنظر فقرة ٢٣١ فيما يلي .

فهو إذن عقد معارضة. ناقل للملكية والثن فيه نقد (١). وهذه الخصائص وحدها تكون عادة كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود. فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة مثلاً، الذي هو أيضاً ناقل للملكية ولكنه ليس معاوضة بل تبرعاً. وكونه ناقلاً للملكية يميزه عن عقد الإيجار مثلاً، الذي لا ينقل إلا أجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يرب له حتماً شخصياً في ذمة المأجر للانتفاع بالعين. وكون المقابل في عقد البيع هو مبلغ من النقود يميز هذا العقد عن عقد المقايضة مثلاً، والمقابل في المقايضة ليس مبلغاً من النقود. ومع ذلك قد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى، فيدق تمييزه عنها. ونضرب لذلك الأمثلة الآتية :

١ - قد يدق التمييز بين البيع والهبة إذا كانت الهبة مقابل عوض هو مبلغ من النقود. فقد يكون هذا المبلغ كبيراً إلى حد يقرب من قيمة الشيء الموهوب، وعند ذلك يصح التساؤل هل العقد هبة بعوض أو هو بيع سمي الثمن فيه عوضاً (٢). والعبرة في التمييز بين فرض وآخر بنية التبرع، فإذا كانت موجودة في جانب العاقد الذي أعطى الشيء كان العقد هبة مهما بلغ مقدار العوض، وإلا فالعقد بيع (٣). ووجود نية التبرع مسألة واقع، يقدرها قاضي الموضوع

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نقل الملكية في مقابل ثمن معين يكون بيعاً، ولو لم يذكر لفظ البيع (١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢).

(٢) وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الهبة من وجهة مختلفة : من ناحية الشكل، ومن ناحية الأحكام الموضوعية وبخاصة من ناحية الدعوى البوليصة وصدور التصرف في مرض الموت وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية والدلط في الشخص وغير ذلك من المسائل التي تعرف في مواضعها.

(٣) وقد يتخذ البيع متاراً للهبة، فيذكر فيه عرض على أنه ثمن، ثم يجب البيان أن الثمن المشتري. مثل هذا العقد لا شك زطيعة فهو هبة، بل هبة مكتوفة. وتسرى عليه أحكام الهبة، لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضاً من حيث الشكل. فإذا أفتن الواهب ستر الهبة ولم يذكر أنه وهب الثمن المشتري بل ذكر أنه قبضه، فالعقدية مستورة، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية.

بل إن الوصية - وهي تصرف من جانب واحد لا عقد، وتبرع كالهبة لا معاوضة كالبيع - تلتبس كثيراً بالبيع وتنتج متاراً لها. وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد :
« وكثيراً ما ينتشر الوصية تحت اسم آخر كالبيع، فتل محكة الموضوع أن تقيين إرادة المتصرف، »

= وأن تكيف هذه الإرادة التكيف القانون الصحيح خاصة في ذلك لرقابة محكمة التفسير . . .
 ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة ، كاستمرار وضع يد البائع على العين واستمراره إلى حين وفاته ، وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد ، وكعدم تسجيل العقد ، وكاستمرار قيام البائع بذبح الأموال الأميرية أو الموائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته . . .
 وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ ، وتنص بأنه : « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبمحض في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسمى عليه أحكام الوصية ، عالم يتم دليل يخالف ذلك . » ويبرر ذلك القانون الجديد وسيله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع والنية ، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن يثبت القضاء على التساهل في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان التفسير يرجع جانب البيع لو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضييق من الإيصاء لوارث ، فكانت القضاء بمالج هذا التساهل ميباً في القانون ، ليصح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، ثم يمد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة لوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة . . . ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أنشأها القانون الجديد — وهي احتفاظ المورث بالحيازة وبمحض في الانتفاع مدى حياته — هي الشيء الثالث في هذه المسألة . وهي قرينة قابلة للإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المعنى ، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشتري قاصر وأن البائع باشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض أن التصرف وصية . (الوسيط ١ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٩ في الهامش) . ويلاحظ أن المادة ٩١٧ مدق استحدث قرينة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، فلا يكون لها أثر رجعي ، شأنها هذا شأن سائر القواعد الموضوعية (الوسيط ٢ فقرة ٢٢) : ص ٦٠١ هامش رقم ٢ — بارتان على ألوبي ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر — جني العلم والصياغة في القانون الخامس ٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٣٤ — الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٤٨ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣١ — ص ٢٣ — الأستاذ اسماعيل غانم ص ٢٣ . وأنظر عكس ذلك وأن هذه القرائن متعلقة بقواعد الإثبات ، والتنصوص الخاصة بالإثبات ماعدا التنصوص الخاصة بالأدلة التي تعد مقدماً تسرى على جميع الوقائع بأثر رجعي سواء كانت لاحقة لصورتها أو سابقة : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨ — الأستاذ سليمان درويش فقرة ٢٨) .

ونضيف هنا قضاء محكمة النقض في تكيف العقدياً أو هبة : اشترط للبائع حر الانتفاع بالمبيع طول حياته ومنع المشتري من التصرف : بيع (٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة ٢٢ رقم ١٢٢ ص ١٠١) — تصرف منجز حال الحياة وسجل قبل وفاة المتصرف بزمان طويل : صحيح إما كبيع أو كهبة مستترة (٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة ٢٢ رقم ١٢٤ ص ١٠٢) — اتفاق =

وحده دون رقابة عليه من محكمة النقض (١). ومما يرجح وجود هذه النية أن

== البائع والمشتري على بقاء العين المبيعة تحت يد البائع ليستفيع بها طول حياته : بيع أو هبة مستترة (١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧) - بالتدني حياة البائع . رفع يده عن الأرض المبيعة واتخاذ كل التدابير اللازمة لتسجيل المقتد : بيع ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٩) - الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة الحياة ومنع المشتري من التصرف لا يحول دون اعتد التصرف بيما (٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣) - ليس من الضروري وضع المشتري يده على العين لتكثيف المقتد بيما (١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢ ص ٧١٨) - نزل البائع للمشتري عن باقي الثمن واشتروط ألا يتصرف المشترون في المبيع مادام حياً ولكن صدر منه بعد ذلك إقرار بلفي هذا الشرط ويطلق للمشتري حرية التصرف ، فهذا بيع لا وصية (٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٩) - لا يكون لتكثيف المقتد وصية اشتراط موافقة البائع على تصرف المشتري (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠ ص ١٥٢) - بيع مسجل من والده إلى ولده : بيع أو هبة مستترة (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦) - اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في العين المبيعة مابق البائع حياً لا يمنع من تكثيف المقتد بيما (٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٩ ص ٤٠٦) - وفي تكثيف المقتد وصية : لم يسجل البيع واستأجر البائع المبيع ورضى بعض الأطيان (٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢١٩) - وجود ورقة ضد نقض بأن البيع لا يسرى إلا بعد وفاة البائع (٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٢ ص ٥٩٧) ، استبقاء البائع حياة المبيع وعدم دفع المشتري للثمن ومنعه من التصرف وعدم إلزامه بدفع الأموال (١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٠ ص ٨٩٧) - تصرف من والده إلى ولده بشرن بخس مع احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومنع المشتري من التصرف (٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٢ ص ١١٢٠) - عند صادر من مورث إلى وارث وقد ثبت أن المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمنها وظل واصلها يده على المبيع طول حياته واحتفظ بالمقتد عنده حتى لا يسجل (٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١ ص ٢٢) - وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية ، وإنما كان قائماً حول تعرف نية التصرف هل هي البيع أو الهبة أو ارسية ، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به ، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادي (٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧) .

ونظر أيضاً في تكثيف المقتد وهل هو وصية أو عقد تمليك منجز : نقض مدني في نظير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢ ص ٤٣ - ٢٢ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥ (إيداع مبلغ في صندوق التوفير باسم شخص معين) - ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٩ ص ١٤٨ - ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٦ ص ٢٠٥ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٥ ص ٣٠٦ .

يكون العرض في مصلحة شخص ثالث غير الواسب ، بل قد يكون الموهب له الحقيقى هو هذا الشخص الثالث وقد وسط الواسب المتعاقد الآخر بينهما (١).

٢ - وقد بدق التمييز بين البيع والإيجار إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته ، بل على ثمراته أو منتجاته. ويقال عادة إن الفرق بين الثمرات (fruits) والمنتجات (produits) هو أن الأولى دورية (périodique) تتجدد دون انقراض ، أما الأخرى فتتأخر حتى تنفذ . فمحصولات الأرض تعتبر ثمرات لأنها تتجدد في أوقات دورية ، أما الفحم والبتروك والمعادن والحجر فى المناجم والمحاجر فهذه كلها منتجات لأنها غير دورية بل إن مصيرها إلى النفاذ . ومن ثم فقد قيل إن العقد إذا وقع على الثمرات فهو إيجار إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التى لا تنفذ ، وإذا وقع على المنتجات فهو بيع إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها لا على منفعة متجددة (٢). ويغلب أن يكون هذا صحيحاً ، ولكنه قد لا يصدق فى بعض الحالات . فقد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو لا يزال فى الأرض ، فيكون العقد بيعاً لهذا المحصول لا إيجاراً للأرض . ويغلب فى هذه الحالة ألا يسلم "أنع الأرض للمشتري ولا يسلم له إلا المحصول ، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشتري . أما فى الإيجار فنسلم الأرض للمستأجر للانتفاع بها ، وتكون مصروفات الزراعة

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٥ - الأستاذ منصور مطلق منصور فقرة ١١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن المعلن قد تعاقد مع وزارة المالية على أن يقوم باستغلال الطرون الجاف يستفدت منطقتين رسا مزادها عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع لوزارة المالية غلظة على هذا الثمن أثناء كذا جنباً عن كل طن ، كما استخلصت فى حدود سلطاتها الموضوعية أن وزارة المالية لم تتفق مع المعلن على حد أدنى لكيفية الطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه ، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعي غير متجدد وليس ثمرة أو ربحاً مستفتمات المذكورة ، لكونها جزءاً منه لا بد من نقاده يوماً ما . وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ المزجزة والإيجار والمستأجر - أنه عقد بيع لطررون لا عقد إيجار لمستفتمات . والمبيع بموجبه هو عين معينة من طرون الطرون الموجود بالمستفتمات بلا حاجة إلى وزن ، وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما إذا بلغ الإتاوة . وينبنى على ذلك اعتباراً عاماً جرافاً ، فهو يقع لازماً مهما كان متاراً مبيعاً ثمنه ما أملة المتارى (١) ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣١ ص ١٦١ .

على المستأجر لا على صاحب الأرض (١) . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها في الإيجار على صاحب الأرض لا على المستأجر ، ولا أن تكون مصروفات إنتاج المحصول الذي باعه صاحب الأرض أو بعض هذه للمصروفات على المشتري لا على صاحب الأرض . فالعبرة إذن بنية المتعاقدين ، هل أرادوا بيعاً أو إيجاراً ، وتتخذ الظروف الخارجية التي أشرنا إليها قرائن قضائية على هذه النية ، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالتها ، فالتقدير موضوعى لا معتقب على فيه من محكمة القضاة (٢) . فقد يؤجر صاحب المزرعة أو المحجر منجمه أو محجره المستأجر في مقابل أجره دورية . تكون العقد إيجاراً لا بيعاً ، وتسرى م الإيجار وبخاصة ما يتعلق من تجديد الإيجار وبامتياز المؤجر وبطريقة الشهر ، وكل هذا يست تماماً عن الأحكام الخاصة بعقد البيع (٣) .

وهناك فرض آخر يصدق فيه التمييز بين البيع والإيجار . وهو يوصف العقد بأنه إيجار حتى إذا واطب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعاً واعتبرت الأجرة أقساطاً للثمن . وهذا ما يسمى بالإيجار السائر للبيع (location - vente) ، وقد ورد فيه نص في مرسوم المادة ٤٣ مدنى ، ويقضى هذا النص بأن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً لا إيجاراً فسرى عليه أحكام البيع . وسنورد إلى هذه المسألة تفصيلاً في مكان آخر (٤) .

(١) بلاير وريير وهامل ١٠ فقرة ٢ ص ٤ - ص ٦

(٢) أما التكييف القانونى للعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين الواقعية فمألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض (بلاير وريير وهامل ١٠ فقرة ٢) ويراعى في التكييف أن البيع ينشئ التملك ونقل الملكية ، أما الإيجار فينشئ التزاماً بعمل هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . (٣) وليس من الضروري ليكون العقد إيجاراً أن يكون للمستأجر الحق في جميع وجوه الانتفاع بالعين المؤجرة ، فقد يؤجر صاحب الأرض بعض مائمه أرضه ، كأن يؤجر حق الصيد فيها (بلاير وريير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٦) .

وقد يقال إن الإيجار عقد زمنى فالزمن فيه عنصر جوهري ، أما البيع فقد ثورن . وهذا المعيار صحيح ؛ لكنه وإن كانت هناك ببيع الزمن فيها عنصر جوهري فلكون عقوداً زمنية وذلك كعقود التوريد .

(٤) ص ٩٠ - فقرة ٩٤ فيما يل - وقد يشبه بيع بالإيجار في النزاع عن الإيجار والإيجار من الباطل ، حيث ينزل المستأجر عن إيجاره لتغيره وهذا هو البيع أو يؤجر منه للتير

٣ - وقد يتراوح العقد بين أن يكون بيعاً أو مقايضة . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داراً في مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر ، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة . فهنا العقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذى يختاره المتعاقد الآخر ، فان اختار النقود كان العقد بيعاً ، وإن اختار الأرض كان العقد مقايضة . ولا يقع فى هذا القرض لبس ما ، وخصوصيته فى أن العقد لا يتمحض منذ البداية بيعاً أو مقايضة ، ولا يعرف ذلك إلا عندما يختار المتعاقد الآخر المقابل الذى يدفعه . ولكن قد يدق التمييز فيما إذا أعطى شخص داراً لآخر فى مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية ، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد فيكون العقد بيعاً ؟ الظاهر أن هذا المقابل ، وإن أمكنت معرفة قيمته نقداً بمجرد تبين سعر السرق ، إلا أن العبرة فيه هى بطبيعته وقت العقد ، وهو ليس نقداً ، فيكون العقد مقايضة لا بيعاً . وإذا كان المقابل إبراداً مرتباً مدى الحياة ، فقد ذهب البعض إلى أن المقابل ليس بنقود بل هو الحق فى المرتب ، ومن ثم يكون العقد مقايضة . ولكن الصحيح أن العقد بيع قدر الثمن فيه - وهو نقود - على وجه احتمالى فى صورة الإبراد (١) . وإذا كان المقابل بعضه نقود وبعضه غير نقود ، فاذا كان العنصر الغالب هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بأدين على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بخمسمائة ، فالعقد بيع . أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين فى القيمة مع دفع

= وهنا هو الإيجار من الباطن . ويرجع فى ذلك إلى نفس المتأخرين ، ولكن قد يس هذا العقد حتى يدر التمييز . بل يقع أن يتمد المستأجر وصف العقد الصادر منه بأحد التعريفين وهو يتمد التصرف الآخر . فعمدت الفقرة الأولى من المادة ٩٤ مدنى إلى قطع السبيل على هذا التحايل ، ونصت على أن منع المستأجر من أن يؤجر مر الباطن ينتضى منه من التناول من الإيجار ، وكذلك العكس .

(١) بلانيول وريبير وماعل ١٠ فترة ٣٥ ص ٢٥ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٣٥ ص ١٦٧ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٧ ص ١٣٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فترة ١٢٤ ص ١٩٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فترة ٤٨ ص ٩٢ - الأستاذ جمال الدين زكى فى النقود المسماة فترة ١١٨ ص ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ١٥ - وأنظر ما يلى فترة ٢٠٥ .

معدل من العقود زهيد ، فالعقد مقايضة (١) .

وقد قدمنا أن عقد البيع قد يلتبس بعقد أخرى غير العقود الثلاثة المتقدمة الذكر ، ونستعرض بعض الأمثلة على ذلك .

١ - فقد يدق التمييز بين البيع والوفاء بمقابل . وقد قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط (٢) أن الوفاء بمقابل قد اختلف في تكييفه . فهو في جميع الأحوال ينقل ملكية شيء يعطى في مقابلة دين يوفى به ، فيسرى عليه من حيث أنه ينقل الملكية أحكام البيع ، وبخاصة ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (انظر م ٣٥١ مدني) . وقد رأينا أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين ، فيحل محل الدين الأصلي دين جديد ، ويقترن التجديد في الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عبئاً بالشيء المعطى (٣) . فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء ، ويسرى عليه أحكام كل منهما . ثم هو في الوقت ذاته ناقل للملكية الشيء المعطى ، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه ، وبخاصة ما تعلق منها بالأهلية والضمان كما سبق القول (٤) .

٢ - وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد المقاول . فإذا كان الصانع هو الذي ورد الخدامات التي يصنعها ، وكانت الخدامات أكبر قيمة من عمله ، فالعقد بيع . ومن ثم يكون العقد الذي يلتزم به صاحب المصنع أن يورد

(١) الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٤ وفترة ٤٢٧ .

(٢) فقرة ٤٧٧ - فقرة ٤٨٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٠ .

(٤) قارن الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المحظطة بأن إعطاء المستأجر المحصول للمؤجر للوفاء بالأجرة لا يترتب وفاء بمقابل ولا يعتبر بيعاً مادام لم يحدد الثمن . ولكنه تسليم المحصول للمؤجر على سبيل الضمان ، مع توكيله في بيعه لحساب المستأجر بعد حده للأجرة . فالمحصول في هذه الحالة لا يزال ملكاً للمستأجر ، ومن ثم إذا وقع أحد دائنيه المغير عليه لا يمكن للمؤجر أن يعترض على الحجز بأنه وقع على مال غير تملكه للمدين (٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ١٧) .

مصنوعاته إلى العميل ، كما إذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بولنغر أو سيارات أو غير ذلك ، هو بيع أشياء مستقبلية . أما إذا كانت الخامات أقل قيمة من العمل ، كالرسم بوردر القماش (toile) أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها ، فهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الفنان ، ويكون العقد عقد مقابلة لا عقد بيع . والحياط (الترزى) إذا ورد القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل فالعقد مقابلة ، وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع (١) . وقد تتنارب قيمة القماش وقيمة العمل ، فالعقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقابلة (٢) . أما المقاول الذي يتعهد بأقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقابلة ، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أى بعد أن يقام عليها المبنى (٣) .

٣ - وقد بدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة . فيقع أن يودع الشيء صاحبه عند آخر ليبيعه بمبلغ معين ، على أن يأخذ المودع عنده مقداراً معلوماً أجراً له . مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخاً من كتابه في مكتبة ليبيعها صاحب المكتبة ، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعها . ففي هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة ، وهذا إما أن يبيعها لحساب صاحبها فيكون وكيلها بالبيع بعد أن كان مودعاً عنده ، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجراً معيناً على ما يقوم ببيعه . وإما أن يعتبر ، عندما يجد مشترياً ، أنه هو اشتراها أولاً من صاحبها بثمن معين ، ثم باعها للعمل بثمن أكبر ، والفرق هو مكسبه . والقول بتكليف أو بآخر

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ من قانون المبيعات والعقود البناني على ما يأتي :
« على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع على الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلزامياً ، كان هناك بيع لا استئجار » .

(٢) ويقترب من هذا الرأي الأستاذ محمد كامل برسي فقرة ١٨ من ٢٠ .

(٣) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٤ .

يتعرف على لية المتعاقدين ، وهذه النية يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الواقع (١) .

٤ - وقد يبدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة . ويحدث ذلك مثلاً في حالة الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) ، فإنه يشتري باسمه ما وكل في شراؤه ، وتنقل ملكية الشيء إليه ثم ينقل الملكية بعد ذلك بعقد جديد إلى الموكل . فينتوي المسخر إذن على عقد وكالة هو الذي أبرم بين الموكل والمسخر . ويتفق جميع الفاضل الأول هو الذي أبرمه المسخر مع المسخر . فالأمر الثاني هو الذي أبرمه المسخر مع الموكل . ومن ثم لا يختلف البيع بالوكالة في هذه الحالة ، بل هو يختلف بين المسخر والتمريض وبين يقوم كل منهما في شراء الشيء باسمه أو كونه الوكيل عليه . ومن ثم يتواءم إلى المسخر بعقد جديد .

[illegible]

فيكون هناك عقد محسرة (وكالة) مقترناً بعقدى بيع على النحو الذى رأيناه فى المسخر (١) .

٥ - وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد القرض . ويحدث ذلك فى مثل القرض الآتى : يريد شخص أن يقرض من آخر ، فيعمد إلى شراء سلعة من القرض بضمن مؤجل ، ثم يبيعها بضمن معجل ، فيصبح مدينًا بالثمن المؤجل ويتقاضى فى الوقت ذاته الثمن المعجل ، وترجع السلعة إلى صاحبها كما كانت . وتتكشف هذه العملية المركبة عن أن المشتري إنما هو مقرض ، اقرض الثمن المعجل على أن يؤدي بدله الثمن المؤجل عند حلول الأجل ، ويكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المعجل والفرق بين الثمنين إنما هو فوائد القرض . وهذا ما يعرف فى الفقه الإسلامى ببيع العينة (٢) . والواجب فى هذه الحالة استخلاص نية المتعاقدين ، ويغلب أن تكون هذه النية قد انطوت على قرض بربا فاحش ، احتال المتعاقدان للوصول إليه عن طريق بيعين متعاقبين أحدهما بضمن مؤجل والآخر بضمن معجل . ومتى تبين للقاضى أن هذه هى نية المتعاقدين ، وجب أن يجرى أحكام القرض وأن يسقط البيع من حسابه ، ومن ثم ينقص الفوائد الفاحشة إلى الحد المسموح

(١) وقد تختلط الوكالة بالبيع فى البيع مع حق التبرير بالشراء من الغير (déclaration de commande) وقد قضت محكمة النقض بأن تكيف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة ، تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جار على إطلاقه . فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تناقضاً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين فى ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المنفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والنقض فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول ، وهو أم ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوداً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المنفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يعمل هذا الحق ، أو إذا أعمله بعد الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ بحسبة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٢١٢) .

(٢) ويعرف القانون الفرنسى القديم هذا العقد ، ويسميه بونيه Mohatra (يودرى وسينيا فقرة ٢٢) .

به قانوناً . وقد كان بيع الوفاء قبل تحريره يحقق هذا الغرض في كثير من الأحوال . وينتد رسالة إلى القرض برأ فاحش . فيتظاهر البائع وفاء أنه يبيع عيناً ، وإنما هو يبرهنها عند المشتري وفاء فاذا رد القرض في الميعاد المضروب استرد العين ، ويكون المشتري قد استولى على الربح وهو يزيد عادة على الفوائد المسموح بها . وإذا لم يرد المقرض القرض في الميعاد ، ضاعت عليه العين . ومثل هذا العقد يجب اعتباره قرصاً مضموناً برهن ، وقد صدر تشريع في عهد التقنين المدني السابق يقضى بجملة باطلا باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهناً ، أما في التقنين المدني الجديد فقد حرم بيع الوفاء ذاته حتى لا يتخذ صورة للثل هذه الأغراض (١) .

١٢ - أهمية عقد البيع وكيفية محل المقايضة : وعقد البيع هو أكثر العقود شيرعاً في التعامل ، فهو قوام الحياة التجارية والمدنية . وحتى قبل أن تنسع ميادين التجارة وتنوع ضروب البياعات التجارية ، كان البيع هو العقد الرئيسي في مراحل تطور الحضارة ، ولا تكاد تذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها عقد البيع (٢) .

ولم يكن البيع معروفاً في البداية ، بل سبقته المقايضة (troc) قبل أن يكشف الناس أن تكون وساطة التعامل فيما بينهم المعادن الثمينة ، ثم النقود . فكان الناس في أقدم العصور يتقاضون سلعة بسلعة ، ولكن المقايضة لم تكن تصلح إلا لجمعية بدائية حيث يمكن حصر السلع المرغوب فيها والتقايض عليها . فلما تقدمت الحضارة وتنوعت الحاجات ، أصبحت المقايضة كطريق للتعامل صعبة التناول وقل أن تنى بالأغراض المختلفة التي جدت للناس . وكان لابد من إيجاد سلعة عامة تقوم بها جميع السلع ، وتكون هي الوساطة في التبادل . فكانت المعادن الثمينة هي السلعة المنشودة ، وبخاصة الذهب والفضة ، يزن المشتري منهما ثمن

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦ .

(٢) وقد نشأت أغلب القواعد العامة لنظرية العقد في رحاب عقد البيع (الأستاذ جيل الشرفادى فقرة ٢ ص ٧) . وفي الفقه الإسلامى بوجه خاص ، أحكام عقد البيع هي المصدر الأول الذى يستخلص منه أحكام عامة لنظرية العقد .

ما يشتره . ثم أنشئت د . لك هذه المعادن ، ولم يكن للدولة رقابة عليها في البداية ، ثم أخذت الدولة تبسط رقابتها على هذه الدور إلى أن سيطرت عليها ، وأصبحت وحدها هي التي تسلك العملة . وهكذا ظهرت النقود وساطة للتعامل (١) ، ومنذ ظهرت على هذا النحو ظهر معها عقد البيع ، وانتشر هذا العقد في جميع ضروب التعامل وحل محل المقايضة ، وأصبح هو العقد الأول الذي يتعامل به الناس . على أن كل هذا لم يتم إلا تدرجاً ، فلا تزال الحضارات القديمة تحمل أثر المقايضة في معاملاتها ، حتى أن الفقه الإسلامي يجعل البيع شاملاً لها كما تقدم القول .

ولم تختف المقايضة تماماً من مبادئ التعامل ، فقد يقع أن يتقايبض شخصان شيئاً بشيء ، فإذا لم تتبادل القيمتان دخلت النقود ولكن في دور ثانوي كعدل (soultie) للقيمتين . ومن ثم نظم المشرع عقد المقايضة عقب عقد البيع ، دون أن يفيض في هذا التنظيم لقلة الحاجة إلى هذا العقد ولأن أحكامه هي عين أحكام البيع ، لا فرق بين العقدين إلا في طبيعة المقابل فهو نقد في البيع وعين في المقايضة . وحظ المقايضة في الدول الخارجية أوفر من حظها في التعامل الداخلي ، فكثير من الدول في العصر الحاضر ، بعد تقدم شؤون النقد ، تتفق فيما بينها على تقايض السلع .

١٣ - تنظيم عقد البيع في التقنين المصري السابق : أفاض التبيين

المدني السابق في تنظيم عقد البيع (٢) ، لمعوض بهذا التبسيط اقتضابه في خصوص النظرية العامة للعقد ، حتى كانت هذه النصوص تستخلص من النصوص المتعاقبة بالبيع . على أنه بالرغم من تبسطه في تنظيم عقد البيع ، لم يراع ترتيباً علمياً واضحاً في تنسيق نصوصه . وترك الكلام للمذكورة الإيضاحية للمشرع التمهيدى للتقنين المدني الجديد ، حيث تنمى هذا النقص على التقنين المدني السابق في العبارات الآتية :

(١) وقد عبرت العملة المعدنية في العصر الحاضر ، وحل محلها العملة الورقية .
(٢) يحس التقنين المدني السابق منه كثير من مائة وإحدى وستين مادة توزعت على أربعة فصول ، وكان ذلك من تنظيم أوزار من أبي عقد آخر .

وأما البيع بوجه عام ، فلم يراع فيه التقنين الحالي (السابق) ترتيباً علمياً واضحاً . فقد خصص الفصل الأول لأحكام البيع ، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام ، بل هو يعرف البيع ، ويذكر أركانه وأوصافه ، ويبين كيف يكون إثباته ، ويستعرض حالات معينة فيه (بيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة) ، ثم يقرر أن سرورقات العقد على المشتري وهذه هي المسألة الوحيدة التي يمكن إدخالها في أحكام البيع . أما المسائل الأخرى فن الواضح أن العنوان الذي وضع لها لا يصدق عليها ، ثم إن كثيراً منها ليس إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة ، كالإثبات (م ٣٠٢/٢٣٧ - ٣٠٣) والبيع المعلق على شرط أو المقترن بأجل (م ٣٠٤/٢٣٨) والبيع التخيري (م ٣١٠/٢٤٤) . وخصص الفصل الثاني للمتعاقدين ، فذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية ، ثم انتقل إلى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه . وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين أركان العقد وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن يفرض كل نوع منها بمكان خاص كما قدمنا (١) . وخصص الفصل الثالث للمبيع وقد التزم فيه شيئاً من المنطق ، إلا أنه أورد في هذا الفصل بيع ملك الغير وكان الواجب إفراده بمكان خاص (٢) . وخصص الفصل الرابع لما يترتب على البيع ، والظاهر أنه يريد أحكام البيع الذي عنوان به خطأ الفصل الأول . وقد بسط في هذا الفصل التزامات البائع والتزامات المشتري على ترتيب لا يؤخذ عليه عيب واضح . وخصص الفصل الخامس لمعين في البيع ، وكان الأولى ألا ينفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعي عند الكلام في تقدير الثمن (٣) .

(١) هذه مسألة فيها نظر . فقد عمدنا ، في شرحنا هذا البيع ، إلى أن ندمج هذه المسائل في أركان البيع في الأماكن المناسبة . فالبيع لعمال القضاء هو بيع لحقوق متنازع فيها ، ويتصل هذا اتصالاً وثيقاً بركن في البيع هو المبيع . وبيع المريض مرض الموت يتصل أيضاً بالمبيع ، من حيث تقييد تصرف المريض في شيء مملوك له رعاية لحق الولاية . وبيع النائب لنفسه يدخل في التباين في التعاقد ، وهذه تتصل اتصالاً وثيقاً بالتراضي كركن في البيع ، فيجزز صدور الرضاء من الأصل أو من النائب .

(٢) وهذه أيضاً مسألة فيها نظر . فبيع ملك الغير يتصل بالمبيع ، من حيث إن الأصل أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، وهذا يجر إلى الكلام في بيع ملك الغير . وهذا ما فعلناه في شرحنا .

(٣) مجلد الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧ - ص ٨ .

١٤ - تنظيم هذه البيع في التقنين المدني الجديد - ما استحدثت هذا

التقنين من التعديلات: أما التقنين المدني الجديد فقد كان أسد منطقاً في ترتيب نصوصه ، إذا استعرض في أقسام ثلاثة رئيسية أركان البيع والالتزامات البائع والالتزامات المشتري .

ففي أركان البيع خص بالذكر المبيع والتمن ، استعرض حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المداق ، واشترط في التمن أن يكون نقداً مقسراً أو قابلاً للتقدير ، ثم استطرد إلى الفن على اعتبار أنه يرد قيداً على حرية المتعاقدين في تقدير التمن

واستعرض الالتزامات الناع ، وهي نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر في الالتزام بنقل الملكية ما هي الأعمال التي يجب أن يقوم بها الناع لتنفيذ هذا الالتزام ، وكيف تنتقل الملكية في الشئ ، المبيع جزافاً . وفي الالتزام بتسليم المبيع ذكر على أي شيء يقع التسليم ، وحدد طريقة التسليم . وعرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم فبين على من يقع نفع هذا الهلاك . وفي الالتزام بالضمان ميز بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، وبين في كل منهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه .

واستعرض أخيراً الالتزامات المشتري ، وهي دفع التمن والمصروفات ونسلم المبيع . فقرر في الالتزام بدفع التمن ما الذي يدفعه المشتري ، وبين مكان الوفاء وزمانه ، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالتمن . واقتصر في الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام ، وفي الالتزام بنسلم المبيع على تقرير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذي يتحمل نفقته .

وقد توخى التقنين المدني الجديد في كل ما تقدم ألا يقرر حكماً يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا إذا كان فيه شيء من الخفاء ، أو كان في حاجة إلى تحديد ، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترعى له النظر (١) . وإذا

(١) مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ س ٨ - س ٩ - وممثل تلك الملاحظة الإيضاحية لمشروع التمهيد لتقول : ٤ من ذلك معهد الأعمال الضرورية لنقل الملكية ، ونقل الملكية =

كان التقنين المدنى السابق قد تبسط فى تنظيم عقد البيع على النحو الذى قد ساء ،
ان التقنين المدنى الجديد وحد مع ذلك السبيل ^١ إلى التنقيح ، فأضاف
نصوصاً جديدة ، وحذف نصوصاً معقدة ، وعدل أحكاماً معينة ، وصحح
أخطاء وقعت فى بعض النصوص . وهذه أمثلة على ما تقدم وردت فى المذكرة
الإيضاحية لمشروع التمهيدى (١) :

« أضاف نصوصاً جديدة فى البيع بالعينة ، وتقدير الثمن تبعاً لأسس معينة
أو وفقاً للسعر المتداول فى التجارة والبيع بثمن مقيط ، وأبقى حق المشتري فى
ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف وهو ضمن التبعة بحق المتعرض ، كما أثبت
للبيع حق التخلص من هذا الضمان إذا هو رد للمشتري ما دفعه للمستحق توكفاً
من استحقاق المبيع ، وأضاف إلى ضمان العيوب الخفية ضمان صلاحية
المبيع للعمل » .

« وحذف نصوصاً معقدة أو نصوصاً لا نعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد
العامة دون أن يكون فى ذكرها فائدة . من ذلك إثبات البيع وما يدخل عليه
من الأرصاف ، وأهلية كل من البائع والمشتري ، وعيوب الرضاء ، والبيع
للأسمى ، والشروط العامة لمحل الالتزام ، والأثر الرجعى للشرط ، وظهور
العيب فى بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر ، وحدوث عيب جديد
بعد العيب القديم ، وهلاك المبيع بسبب العيب القديم ، وهلاكه بسبب عيب
جديد أو بحادث قهرى » .

« وعدل أحكاماً معينة ، وحدد أحكاماً مهمة ، وأوجز فى أحكام مسهية .
من ذلك البيع بشرط التجربة والفرق بينه وبين بيع المذاق ، وعلم المشتري
بالشئ المبيع ، وضمان القدر الذى يشتمل عليه المبيع ، وتبعة الهلاك الجزئى ،
وثبوت ضمان الاستحقاق ولو كان حق الغير شخصياً ، وتقادم دعوى ضمان
العيوب الخفية بسنة من وقت تسليم المبيع لاثباتية أيام من وقت العلم بالعيب » .

= فى الشرع المبيع جزافاً ، وبيان الطريقة فى تسليم المبيع ، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم
الاتفاق على تعديل الضمان ، وميس الثمن ، وميس المبيع ، وميس بيع المنقول لعدم الوفاء
بالمشئ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ - ص ٩ - ص ١٠) .
(١) مجموعة الأعمال التشريعية ٤ - ص ١٠ - ص ١٢ .

« وصحح أخطاء وقع فيها التقنين الخاطئ (السابق) . من ذلك تبعة الملاك قبل التسليم في البيع بالتقدير ، وأحكام بيع المريض مرض الموت ، ونقل الملكية بالتسليم في المنقول . »

« هذا إلى أن (التقنين الجديد) نقل موضوعات من البيع إلى الالتزامات بوجه عام أو إلى الملكية لأنها موضوعات عامة تجاوز حدود البيع . من ذلك حوالة الدين ، وبيع الحقوق في التركات المنتظرة ، وهلاك المبيع في البيع المعلق على شرط ، ونقل الملكية في العقار والمنقول بالعقد ، وإضعاف التأمينات ، ونظرة المبصرة . »

١٥ - مخطئ المصنف : والخطة التي تتبعها في بحث عقد البيع أن تتكلم في أركان هذا العقد ، ثم في الآثار التي تترتب عليه في فصلين متعاقبين .

ونبحث أنواع البيوع التي أفرد لها التقنين الجديد مكاناً خاصاً بها - بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة وبيع في مرض الموت وبيع النائب لنفسه - كل نوع في المكان المناسب له في الفصل الأول الذي خصصناه لأركان البيع . وإذا كان المشرع ، من ناحية السباسة التشريعية ، وجد من المناسب أن يجمع هذه الأنواع من البيوع وأن يفرد لها مكاناً خاصاً بها حتى يسهل العثور عليها ، فإن الفقيه من ناحية البحث العلمي ، يتردد كثيراً في تعقب أثر المشرع في هذه الخطة ، ويجد من الأنسب أن يفرغ على كل نوع من هذه البيوع الثرب الفقهي الذي يلائمه في البيئة التي ينتمي إليها ، فإن هذا يعين كثيراً على تفهم صيغة كل نوع ، فيسهل بذلك تكييفه تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وهذا من أخص أعمال الفقه . ولا يصعب بعد ذلك العثور على كل نوع منها في المكان المناسب له ، ولا لإيراد النواحي العملية وتطبيقات القضاء في كل نوع ، بحيث يمتزج كل هذا بتأصيل فقهي سليم يساعد كثيراً على إدراك حنظ هذه التطبيقات العملية من الإصاابة والساد .

الفصل الأول

أركان البيع

...

١٦ - تطبيق القواعد العامة : أركان العقد ، في نظريته العامة ، هي التراضي والمحل والسبب . والسبب في عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قيل في نظرية السبب في العقد بوجه عام . ويبقى بعد ذلك ركنان للبيع التراضي والمحل .

الفرع الأول

التراضي في عقد البيع

١٧ - شروط الانعقاد وشروط الصحة والبيع المشروط : هناك شروط للانعقاد في التراضي ، وشروط للصحة . وقد رأينا كل ذلك في العقد بوجه عام ، فنطبق هنا القواعد العامة على عقد البيع بالذات ولما كانت هناك أوصاف كثيرة تدخل على الالتزامات العقدية ، فإن البيع من أوفر العقود حظاً في هذه الأوصاف ، وبخاصة في وصف منها هو الشرط .

فتكلم إذن ، في مباحث ثلاثة متعاقبة ، في شروط الانعقاد في عقد البيع ، ثم في شروط الصحة ، وننتهي بالكلام في بعض بيوع مشروطة لها شأن ملحوظ في مجال التعامل .

وقد يكون البيع صورياً ، وقد بحثنا الصورية في الجزء الثاني من الوسيط ، فنحيل إلى ما قدمناه في ذلك .

وقد يسبق البيع مرحلة تمهيدية ، وهذه هي الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

وقد يتقابل المتبايعان البيع بعد أن أبرماه ، والتقابل عقد جديد يفسخ البيع الأول . وقد أشرنا إلى أحكام التقابل في النظرية العامة للعقد في الجزء الأول من الوسيط .

والذى نقف عنده هنا مسألان نطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد البيع بالذات :

(١) تطابق الإيجاب والقبول ، من ناحية العناصر التي يتم فيها هذا التطابق ، ومن ناحية بعض الصور العملية للإيجاب والقبول ، ومن ناحية شكل البيع وطرق إثباته وقواعد تفسيره .

(٢) الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

١٤ - تطابق الإيجاب والقبول

٢٠ - العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول : كانت المادة ٥٧٥

من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تجرى على الوجه الآتي : « يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء ، وباتفاقهما على المبيع والثمن » . وهذا النص مأخوذ من المادة ٢٣٦ / ٣٠١ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص على أنه « لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمنه » . ولما تلى نص المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفه ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤ - ص ١٥ في الهامش . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مبدد هذا النص ما يأتي : « النص مطابق للتقنين المصرى الحال (السابق) ٢٣٦ / ٣٠١ . وهو إن كان مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا أنه يرمى إلى »

فيجب إذن أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه ، وهو البيع . فلو قصد أحدهما رهناً وقصد الآخر بيعاً ، بأن قال صاحب الدار للمتعاقد الآخر خذ هذه الدار وأعطني ألفاً وقصد أن يرهنها بهذا المبلغ ، وقبل الآخر هذا الإيجاب معتقداً أن صاحب الدار يبيعها لايهونها ، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن ، فلا يوجد بيع ولا رهن .

ويجب أن يتفقا على الشيء المبيع ، فلو كان للبيع داران وعرض على شخص أن يبيعه إحداهما فظان هذا أنه يبيع الدار الأخرى قبل شراء ما لم يتم البيع ، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع فقد قصد البائع أن يبيع داراً وقصد المشتري أن يشتري أخرى .

ويجب أخيراً أن يتفقا على الثمن ، فلو طلب البائع في الدار ألفاً ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا بتسعمائة لم يتم البيع لأن المتبايعين لم يتفقا على الثمن (١) .

معرضين : (أولاً) أن يحدد بذكر المبيع والثمن لإزالة انصوص الخاصة بكل من هذين الركنين . (ثانياً) أن يبين أن البيع عقد رضائي لا يشترط في ثمائه تسجيل ولا كتابة .
وقد نصت المادة ٣٨٨ من قانون الموجبات والعقود الثاني على أنه « لا يترن البيع قائماً إلا إذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيع والثمن » ونصت المادة ٣٧٣ من نفس القانون على أن « صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين على مائة العقد وعلى المبيع والثمن والشرايط العامة لصحة الموجبات المدنية » .

(١) نقض مدني ٩ يويه سنة ١٩٤٩ مجموعة غر ٥ رقم ٤٢٣ من ٧٩٧ - ويعرض القضاة الفرنسيون متنبين أن موقبيه لغرض بعيد الترفع في العمل : يطلب البائع في الدار ألفاً ويقبل المشتري أن يشتريها بألف ومائتين ، فهل يكون هناك اتفاق على الثمن ؟ يذهب فرنسيه إلى أن المشتري وقد رضى أن يشتري بألف ومائتين يكون راضياً دون شك أن يشتري بألف ، فيتم البيع على ألف (فرنسيه في البيع فقرة ٣٦ - بودري وسيبيا فقرة ٢١ من ١٥) . وإذا قيل إن البائع وقد رضى أن يبيع بألف يكون راضياً دون شك أن يبيع بألف ومائتين فلم لا يتم البيع على ألف ومائتين ، أمكن رد هذا الاعتراض بأن الحل الأصح للمثلزم بالثمن - هو المشتري - هو الحل الذي يؤخذ به ، فيتم البيع على ألف لا على ألف ومائتين . ونصت المادة ١٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه « تكون موافقة القبول للإيجاب ضماناً ، فلو قال الساع لمشتري بمك هذا المال بألف قرش ، وقال المشتري اشتريت منك بألف وخمسمائة ، انعقد البيع على الألف ، إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس أزم المشتري حينئذ أن يعاينه خمائة قرش التي زادها أيضاً وكذا لو قال المشتري البائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش ، فقال البائع بعت منك بمائتين بنصف البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف » .

وإذا كان اتفاق المتبايعين على البيع والمبيع والشئ ضرورياً لئتم البيع ، فهو أبصاً كاف ، ولا ضرورة لتام البيع لأن يتفقا على أكثر من ذلك (١) . فتم البيع

== ونفرض فيما قدمناه أن المشتري وقت أن زاد في الثمن أو أن البائع وقت أن نقص فيه قد وقع في غلط . لكن قد يحدث أن المشتري يبدأ بعرض ثمن معين ، وبأن ضيق البائع أن يسايره في هذا الثمن ، فيقبل البيع بشر أن هو الثمن العادل في نظره ، فهذا يكون إيجاب المشتري قد عارضه قبول البائع فيعتبر قبول البائع إيجاباً جديداً (م ٩٦ مدني) ، وبعتبر سكوت المشتري والإيجاب الجديد نافع له ضمناً محضاً قبولاً لهذا الإيجاب الجديد ، فيتم البيع على الثمن الأقل . وإذا بدأ البائع بطلب ثمن ، فإن ضيق المشتري إلا أن يزيد في الثمن ، فقبول المشتري الشراء بالثمن الأكبر إيجاب جديد يقبله البائع بسكوته ، فيتم البيع على الثمن الأكبر (أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان عرقس فقرة ٢٢) .

والعبارة بنية المتعاقدين ، وتستخلص النية من القرائن في كل من اللغة والفقه الإسلامي . في الفتاوى الخانية رجل مارم رجلاً بثر ، فقال البائع أبيعك بخمسة عشر ، وقال المشتري لا آخذته إلا بعشرة ، فذهب به ، ولم يقل البائع شيئاً . فهو بخمسة عشر إن كان المسع في يد المشتري حين سلومه ، وإن كان في يد البائع فأخذه منه المشتري وباعه البائع فهو بعشرة . ولو كان في يد المشتري وقال لا آخذته إلا بعشرة وقال البائع لا أبيعك إلا بخمسة عشر ، فرده عليه المشتري ، ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع إليه ولم يقل شيئاً ، فذهب به المشتري ، فهو بعشرة . (شرح المجلة لسليم باز م ١٧٨ ص ٨٣) .

(١) استئناف وطني ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٢ المحقوق ٧ ص ٢٨٥ - استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

وفي صدد توافق الإيجاب والقبول في البيع قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن البيع يتم بتوافق الإيجاب والقبول على المبيع والثمن (٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٩ ص سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٨) ، فلا البيع يتم إذا امتنع أحد المتبايعين من قبول العقد كاملاً (٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٢ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٤ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ - ١٣ مايو ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٢ - ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٨ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٩) . ويجوز يعني عن توقيع فلشترى على عقد البيع طلبه التسجيل أو قبضه للعين المبيعة أو تصرفه في المبيع مستنداً إلى عقد البيع (٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٢ - ٢٣ إبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٥١ - ٢١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٠ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٨ - أول نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦ - ٢٧ يناير ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣١ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ - ولكن قارن ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ - ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختطة أيضاً بأن انبيع المربوع عليه من البائع مرعده يلزمه ويجوز للمشتري إجباره على تسليم المبيع ، ولكن هذا البيع لا يكون ==

أذن حتى لو سكنت المتبايعان من تمديد وقت تسليم البيع ، أو من تمديد وقت دفع الثمن ، أو عما إذا كان الثمن المؤجل ينتج فوائد أو لا ينتج ، أو عن يلتزم بدفع مصروفات البيع ، أو عن غير ذلك من المسائل . فإدام المتبايعان قد اتفقا على البيع والمبيع والثمن فقد تم البيع (١) ، ويكون المبيع واجب التسليم فوراً ، ويكون الثمن واجب الدفع في الحال ، وإذا كان الثمن مؤجلاً ولم يفتق على فوائد

= نافذاً في حق الغير حتى لو سجل (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٦-٢٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٩٩ - وى حكم يكون نافذاً في حق الغير لو سجل - مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٥) . ولا يجوز الاحتجاج بعدم توقيع المشتري على عقد البيع إلا من له مصلحة في ذلك كالمشتري من البائع أو دائن مرتين (١٥ يناير سنة ١٨٩٦ م ٧ ص ٧٤ - ١٩ يناير سنة ١٨٩٧ م ٢٠ ص ٢٤٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختصة أيضاً بأن تردد إرسال كتاب من صاحب الدفعة بعرض سلع لا يكون إلا إيجاباً غير مقبول يقول تطرف المأمور (١٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٤) وبأن مدونات مجلس إدارة الشركة لتعيين الغير الشركة لا يقع البيع إلا إيجاباً (٢٠ يونيو سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٤٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وأند الاتفاق الذي يبينه الاتفاق في مادة البيع والوقع عليه من الذي عليه - المستند التزام المراج بأن يبيع المبيع له فذلك المبيع له التزام وأوصافه فيما ومندار أن نوعه وكميته وشكله كإلزامات اللازمة لتدبيره أو كإلزامات يبيع ولو أنها ملزمة ببسالة ، وهذا حين تحرير الشروط ، ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق فأتت أن نية المتبايعين فيما يتعلق ببيان شروط البيع من تسليم المبيع ودفع ثمنه قد توضح من الطريقة التي يبينها في حكمها وقالت إنها اتبعاها طوال مدة تنفيذ هذا العقد ، فإنها إذ استظهرت توافق أركان التعاقد من التمهيد المأخوذ من البائع ومن تنفيذ جزئياً ، وإذا استكملت شروط الاتفاق من العناصر الأخرى القائمة في الدعوى ، تكون قد استخلصت ذلك ما ينتج عنه فلا يصح مناقشتها فيه أمام محكمة النقض لتعلقه بمصلحة محكمة الموضوع في تقرير الوقائع (نقض ١٢ مايو

سنة ١٩٤٢ مجوعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤) . وقضت من جهة أخرى بأن من كان الإلتزام المتنازع على تكييفه صريحاً في الإفصاح عن قبول المرفع البيع بالشروط التي أوفضاها ، وكان المتسلك بهذا الإقرار والرجوع في انقضاء البيع على أساس هذه الشروط ، فلا يمكن مع هذا القول بتلاق الإيجاب والقبول اللازمين لانقضاء البيع ، واختلاف الطرفين على مساحة المبيع وسعده يجعل البيع غير معتقد أنهم الاتفاق على البيع البينة (نقض مسمى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجوعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص ٣٠٤) . وقضت بأنه إذا أدرج عقد البيع والبيع أو البائع عند إبرامه ، وقرروا الأجنبي أن البيع في الإلتزام هو أن البائع كان يبيع نفسه المبيع المخصص لغيره والمتعلق ألا يكون هذا البيع الثاني بائناً إلا بعد التخلي عن البيع الأول ، كيف البيع الثاني بأنه مبيع حقيقي على شرط واقف في التخلي عن البيع الأول (نقض مسمى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجوعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٦ ص ١٨٥) .

لم تستحق الفوائد إلا في حالات خاصة ، وإذا لم يعرض المتبايعان لمن يلتزم بدفع مصروفات البيع فالمصروفات على المشتري . فها نحن نرى أن هذه المسائل التي لم يعرض لها المتبايعان قد تكفل القانون بحلها ، ولا يجوز به أن تم العقد على النحو الذي قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل عنه دون رضا المتعاقدين الآخر (١) .

ولكن إذا عرض المتعاقدان لشيء من هذه المسائل - ميعاد تسليم المبيع أو ميعاد دفع الثمن الخ - ولم يتفقا على مسألة منها ، فإن البيع لا يتم ، لأنهما عرضا للمسألة ولم يتفقا عليها . وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتبايعين بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد ، فاحتفاظ المتعاقدين بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم البيع إلا بعد الاتفاق عليها . ومع ذلك فقد نصت المادة ٩٥ مدني على أنه وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تفضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً في الجزء الأول من الوسيط (٣) .

وسبق كذلك بيان أن الأصل في الإيجاب ألا يكون مازماً ، ويجوز للمرجب الرجوع عنه إلى أن يلتقي به القبول . ولكن إذا مات من صدر له الإيجاب أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ، فإن ذلك لا يمنع من تمام البيع عند اتصال القبول بعلم المرجب ، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (٤) .

(١) وقد نصت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى التي أوردتها الحكم أن رغب الشراء بعد أن قبل عرض البائع قد بادر إلى المطالبة بـ "سبعة" ووجه في الوقت المناسب إضماراً للبائع بتكليفه الخضوع لتحرير العقد الرسمي ، وانتهى الحكم رغم ذلك إلى القول بأن المشتري عدل عن الصفقة ، ولم يدعم قضاءه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدى إليه ، بل كان كل ما قاله لا يبرر ما خلاص إليه ، فإنه يكون معيماً متعياً بنفسه . قض مدني ١٤ يوبه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٢٩ .

(٢) مثل ذلك الاحتفاظ بمسألة تعيين من يتحمل من المتبايعين مصروفات تخزين المبيع المدة التي من فيها مخزوناً ، فعدم الاتفاق عليها بعد ذلك لا يمنع من تمام البيع ، وتعين المحكمة المتعاقدين يتحمل هذه المصروفات طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١١١ .

(٤) م ٩٢ مدني - الوسيط ١ فقرة ٨٢ .

٢١ - صور عملية البيع الإجباري : قد يتخذ الإيجاب صوراً عملية مألوفة ، فتعتمد المتاجر إلى عرض سلعتها عن طريق النشرات والإعلانات و الكاتالوجات ، وغيرها من وسائل الدعاية ، وتضع بياناً تفصيلياً لما تتجر فيه من السلع ، وتذكر أمام كل سلعة منها . وقد يعتمد المتجر إلى عرض عينات من السلع التي يبيعها على الجمهور في واجهة المكان الذي يتجر فيه ، ويضع إلى جانب كل سلعة منها بياناً بالثمن الذي يبيعها به (١) .

كل هذه صور عملية للإيجاب أصبحت الآن مألوفة في التجارة ، والخصيص التي تشترك جميعاً فيها هي أن الإيجاب موجه لغير شخص معين بالذات ، إذ هو موجه للجمهور في مجموعه دون تمييز بين شخص وآخر . ومع ذلك يعتبر هذا إيجاباً صحيحاً ، لأن الموجب لا يعنيه شخص من يوجه إليه الإيجاب ، ولا يهمه إلا أن يبيع سلعته لأي شخص يتقدم لشراؤها بالثمن الذي حدده لها . ومن ثم إذا تقدم أي شخص من جمهور الناس إلى المتجر ، وقبل أن يشتري السلعة الميئة في النشرة أو الإعلان أو الكاتالوج أو الموضوع في الواجهة بالثمن المحدد لها ، كان هذا قبولاً صحيحاً لإيجاب قائم ، ويتم عقد البيع على هذا الوجه بتطابق الإيجاب والقبول . ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض ، بعد أن تم العقد على هذا الوجه ، تسليم السلعة للمشتري .

على أن هذا الحكم نرد عليه القيود الآتية :

١ - عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والإعلانات و الكاتالوجات ، يكون في الغالب دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً كاملاً ، فإذا تقدم شخص إلى صاحب المتجر وطلب منه أن يبيع له سلعة من السلعة الميئة في نشرة أو إعلان أو كاتالوج ، غير موجه إليه شخصياً ، كان هذا إيجاباً من صاحب

(١) وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد : « ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلائل حقيقة المقصود . عرض التاجر لبضائمه على الجمهور مع بيان أمانتها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المخصصة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوة أو لتوزيع طابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً . (الوسيط ١ فقرة ٧٦ ص ١٧٦) .

السلعة لا قبولاً ، ويصدر القبول بعد ذلك من صاحب المتجر ، ولكن لا يجوز له أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته إلا إذا امتدنى ذلك إلى أسباب مشروعة (١) . أما إذا كانت الفثرة أو الإعلان أو الكتلانوح قد أرسل إلى شخص بالذات بعنوانه الشخصى ، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه إيجاباً ، فإن هذا يعتبر إيجاباً كاملاً ، فإذا استجاب له من وجه إليه كان هذا قبولاً وتم البيع ، ولا يستطيع صاحب المتجر بعد ذلك أن يرجع فى تعاقدده . وكذلك عرض السلعة فى واجهة المكان مصحوبة ببيان ثمنها يعتبر إيجاباً لا مجرد دعوة للتعاقد ، بالرغم من أن الإيجاب هنا موجه للجمهور لا لشخص معين بالذات ، فإذا قبل شخص هذا العرض كان هذا قبولاً وتم البيع . أما إذا كانت السلعة غير معروضة فى واجهة المكان ، بل كانت داخل المتجر مصحوبة ببيان ثمنها . وكان دخول المتجر مباحاً للجمهور كما هى العادة ، وعرض صاحب المتجر على العميل سلعته وقد بين عليها ثمنها ، اعتبر هذا إيجاباً منه إذا قبله العميل

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه " يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض ، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ - ٤٦) . وجاء فى الجزء الأول من الوسيط فى هذا السند : " والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرهما على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالجار فى الشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم لظافروهم ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل فى صناعاتهم . فإذا استجيب هذه الدعوة إلى التعاقد ، زالت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من غرور وإيجاب لأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفض لغير سبب مشروع . وقد عكست المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم المادى كما يأتى : " وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة الحالة التى أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ بجامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق ، أو التسلط فى استعماله . على أن الإساءة فى هذا العرض ترد على مجرد إساءة من الرخص ، وهذه خصصرية تسرعى الإنشائه . وقد تعدد الشرح إعمال تعيين الجزاء الذى يقترب إلى الرفض التمسك . فمثل هذا الرفض يرتب مسؤولية لاشك فيها . فبجوز أن يقتصر التمييز على صالح من المال ، إذا كانت هذه الجزاء كافياً . ويجوز للماتس فى بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعرض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤ ، فى الناس " (الوسيط ١ ص ٢١٦ - ٢١٧) .

ثم البيع ، أما إذا لم يبين على السلعة الثمن ، أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل إدراك معناها وقد قصد بها أن ترشد صاحب المتجر إلى تحديد الثمن ، فإن عرض السلعة على العميل في هذه الحالة لا يعتبر إيجاباً ، بل يجب أن يبين صاحب المتجر ثمن السلعة حتى يقوم الإيجاب .

٢ - في الحالات التي يقوم فيها الإيجاب من صاحب المتجر ، وبخاصة عن طريق التشرات والإعلانات والكتالوجات ، يكون المفروض أن صاحب المتجر يعرض سلعته ما بقي عنده منها شيء . فإذا نفذت السلعة ، ثم أتى عميل بعد ذلك يطلبها ، كأن لصاحب المتجر أن يعتبر نفاد السلعة بمثابة وجوع منه في الإيجاب جرى العرف أن ينتج أثره من غير حاجة إلى إعلانه (١) ، فلا يكون التاجر ملزماً باجابة العميل إلى طلبه .

٣ - الإيجاب الذي يقوم على هذا الوجه قد يحدد له ميعاد يبنى فيه قائماً ، فإذا انقضى الميعاد سقط الإيجاب من تلقاء نفسه . أما إذا لم يحدد ميعاد ، فالمفروض أن صاحب المتجر إنما قصد أن يفرم إيجابه في خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع البضاعة والمألوف في التجارة . فإذا تقدم عميل بعد انقضاء هذه المدة ، لم يكن الداجر ملزماً باجابته إلى طلبه .

٤ - إذا لم يكن عند صاحب المتجر شيء من السلعة وقت أن أصدر إيجابه على النحو السابق ، فليس ذلك مبرراً إلى أنه لا يجب أى عميل إلى ما يطلب ، وإلا كان الإيجاب الذى أصدره لا معنى له . وإنما هو أراد بإيجابه أن يتعهد لمن يطلب السلعة بأن يوردها له في وقت مناسب . فما دامت المدة المعقولة لقيام الإيجاب لم تنقض ، كان لأى عميل الحق في طلب السلعة بالثمن المحدد ، وعلى صاحب السلعة ترديد ما له في وقت مناسب بهذا الثمن ، وليس له أن يحتج بأن الساعه لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلعة التي نفذت (٢) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل في هذا الصدد

(١) لو يقال إن الإيجاب يقوم ما دامت السلعة موجودة عند التاجر ، فإذا نفذت سقط الإيجاب من تلقاء نفسه .

(٢) أنظر في كل ما تقدم من القيود بودرى وسبينا فقرة ٤٦ - فقرة ٥٥ .
(الربيط - م ٤)

على النص الآتي (م ١٤٣ من المشروع) : ١٥ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارية التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١) . فحذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه (٢) .

٢٢ - شكل عقد البيع : وبمخلص مما تقدم أن عقد البيع ليس له شكل خاص ، فهو ليس بعقد شكلي ، بل هو عقد رضائي . فتنى الاتفاق على البيع والمبيع والتمن ، فقد تم البيع ، دون حاجة إلى ورقة رسمية بل ولا إلى ورقة . فجرد تطابق الإيجاب والقبول يكفي ، شأن البيع في ذلك شأن كل عقد عرود التراضي (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى العدد ٥٠ وقد تقدم فى الفقرات الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لبحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص فى الصورة التى يواجهها إلى الإيجاب النهائى الملزم الذى ينقلب إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى الهامش - الوسيط ١ ص ١٧٦ هامش رقم ١ .
(٣) استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الحفوق ٨ ص ١٩٧ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥
تقلال ٤ ص ٥٢٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠١ -
استئناف مختلط ٢ بونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ .

وتنص المادة ٣٧٦ من تقنين الموجبات والمقود البنائى على أنه « يجوز أن يكون البيع خطياً أو شفهاً مع مراعاة القواعد الموضوعة لبيع الأموال الثابتة » . وكان التقنين المدنى المصرى السابق ينص صراحة على رضائية عقد البيع ، فكانت المادة ٢٣٧ وطنى على أنه « يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالشفاهة » ، وتناولها المادة ٣٠٢ مختلط : « البيع يجوز أن يكون بالكتابة بسند رسمى أو غير رسمى » ، والمادة ٣٠٣ مختلط : « البيع يكون بالشفاهة أو بالإشارة » . هذا ولم ينفى قانون التسجيل فى العقار من رضائية البيع ، فصرى أن بيع العقار لا يزال عقداً رضائياً والتسجيل ليس ضرورياً إلا لنقل الملكية .

على أنه قد ينص القانون في بعض حالات استثنائية على شكل معين لأبواع خاصة من البيوع ، وذلك كبيع السبينة وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية (١) .

وقد ينفق الطرفان على أن يكتب بالبيع ورقة رسمية أو ورقة عرفية . وهذا الاتفاق يمكن أن يقصد به أحد أمور ثلاثة :

(الأمر الأول) أن يكون المتبايعان قد أرادا باتفاقهما هذا بيعاً كاملاً بآنا ، وإنما انفقا على أن يعدا ورقة رسمية أو ورقة عرفية كدليل لإثبات هذا البيع .

إمعاناً منهما في الحصول على وسيلة قوية للإثبات . ويسمى هذا الاتفاق بالعقد الابتدائي ، وحقيقته أنه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة ، وإذا مات أحد المتبايعين قبل إعداد الورقة المتفق عليها كانت الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة ملتزمين مكانه بالمساهمة في إعداد هذه الورقة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في العقد الابتدائي . ولا يكون البيع الابتدائي في هذه الحالة عقداً شكلياً ، بل يبقى عقداً رضائياً ، أما البيع النهائي فيكون عقداً شكلياً بموجب الاتفاق .

فاذا امتنع أحد الطرفين من المساهمة في إعداد الورقة المتفق عليها أمكن الطرف الآخر إجباره على ذلك قضاء ، بأن يحصل على حكم بثبوت انبيع منذ الاتفاق الأول ، ويحل الحكم محل الورقة العرفية أو الرسمية المتفق عليها .

(الأمر الثاني) أن يكون المتعاقدان قد قصدا باتفاقهما مجرد وعد بالبيع ، وأن البيع لا يتم إلا عند كتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وقد يكون هذا الوعد من جانب أحد الطرفين ، أو من جانب كل من الطرفين فاذا أحل الواعد

(١) وقد نصت المادة ٣ من تقنين التجارة الحرة على أن : " بيع السبينة كلها أو بعضها اختيارياً يلزم أن يكون بسند رسمي ، سواء حصل قبل الفسخ لم يأتئته ، وإلا كان البيع لائماً " .

وإذا كان الثمن إراداً مرتباً ، لم ينفذ البيع إلا بالكتابة فيكون عقداً شكلياً ، وقد نصت المادة ٧٤٣ مدني على أن : " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً " .

وتقتضى المادة ٢٧/٢ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بأن كل تصرف يرد على حق المؤلف في استغلال مصنفه لا ينفذ إلا بالكتابة ، وقد يكون التصرف في المصنف بيعاً فيكون البيع في هذه الحالة شكلياً .

وتعتبر يوماً شكلية البيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والغائب .

التزامه ولم يساهم في إنعام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها ، أجبره الطرف الآخر
على تنفيذ التزامه عيناً بالحصول على حكم يقوم مقام عقد البيع . والبيع في هذه
الحالة يكون شكلياً لا يتم إلا بكتابة الورقة المتفق عليها أو بالحكم الذي يصدر
لإجراء البيع ، ولا يعتبر الحكم وجوداً إلا من وقت كتابة الورقة أو من وقت
صدور الحكم ، بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجوداً من وقت
الاتفاق الأول .

(الأمر الثالث) أن يكون الطرفان لم يقصدا لا بيعاً كاملاً باناً كما في الحالة
الأولى ، بل ولا مجرد وعد بالبيع كما في الحالة الثانية . وإنما قصدا إعداد
مشروع للبيع يحدد شروطه مبدئياً ، على أن يتم البيع بعد ذلك بكتابة الورقة
العرفية أو الرسمية . وفي هذه الحالة لا يكون هذا المشروع ملزماً لأحد منهما ،
ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إجباره
على ذلك عن طريق القضاء . فإذا ما قبل الطرفان إبرام البيع بعد ذلك عن طريق
كتابة الورقة المتفق عليها ، فإن البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة ، ويكون
شكلياً في هذه الحالة (١) .

(١) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٧ - وانظر أيضاً لوران ٢٤ فترة ١٢٨ -
جيوار ١ فترة ٩ - بودرى وسينيا ١٨٨ - وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد
يتضمن نصاً يقضى ، إذا اشترط المتعاقدان الكتابة ، بأن يفترض عند الشك أنها قصدا ألا يتم
العقد إلا بالكتابة ، فتكون الكتابة شكلاً لا مجرد طريق للإثبات . ولكن لجنة المراجعة حذت
هذا النص لإمكان الاستثناء عنه ، فراجع إذن في كل حالة إلى قصد المتعاقدين ، وهل أرادا
الشكل أو طريق الإثبات . وما هي قيمة الاتفاق الابتدائي الذي أبرماه هل هو بيع كامل أو وعد
بالبيع أو مجرد مشروع غير حارم .

وتنص المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي على أن البيع " يمكن حصوله بعقد رسمي
أو بعقد عرفي " . وكان أصل المادة : " بيع العقارات يجب أن يحصل بالكتابة ، ويمكن حصوله
بعقد رسمي أو عقد عرفي " . ولكن حذف شرط الكتابة في بيع العقارات ، وبقيت المادة بعد
حذف هذا الشرط ، فأصبحت توهم أن البيع تلزم فيه الكتابة . والتفسير الصحيح لهذا النص
أن للتبايعين كتابة ورقة رسمية أو ورقة عرفية إذا أرادا تحرير العقد ، أما البيع ذاته فيتم بمجرد
التراضي (لوران ٥ فترة ١٢٦ - فترة ١٢٧ - جيوار ١ فترة ٧ - أوبري ورو ٥ ص ٢٨
فاش دقم ١ مكرر - بودرى وسينيا ٧ فترة ١٨ - فترة ١٨٥ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٧
ص ٢٥ وفاش رقم ١) .

٢٣- إثبات عقد البيع : عقد البيع يثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات. وتعتبر قيمة البيع بمقدار الثمن ، فإذا بيعت دار بألف كان التزام البائع بنقل ملكية الدار قيمته ألف لأن الدار قومت بهذا المقدار (١). وكان التزام المشتري بدفع الثمن قيمته ألف بطبيعة الحال .

ومن ثم يثبت عقد البيع بالينة أو بالقرائن إذا كان الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات (٢) . فإذا زاد الثمن على هذا المقدار ، أو كان غير معارم القيمة بأن كان إراداً مرتباً مدى الحياة مثلاً ، لم يجوز إثبات البيع إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها طبقاً للقواعد العامة (٣). ويقوم مقام عقد البيع الحكم النهائي القاضي بوقوع البيع وصحة التعاقد (٤) .

٢٤- تفسير عقد البيع : عقد البيع . كسائر العقود ، تجرى عليه القواعد العامة في تفسير العقد .

فإذا كانت عبارات البيع واضحة ، لم يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق ، فقد يساع حق معروف المقدار بشئ أقل ، فيكون التزام الخيل قيمته أكبر من قيمة التزام المحال له (الوسيط ٣ مقرة ٢٦٢) .
(٢) أو كان البيع تجارياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا الذراع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة إن هي أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبيعة ، وذلك لأن الإثبات في المواد التجارية حائز بكافة طرق الإثبات (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٨ من ١٥٨) . ونصت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بالقرائن كتصدير اسفاعة للمشتري وتسليمها لياه (٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٢٢٦) ، وقضت أيضاً بأنه يجوز إثبات البيع التجاري مفاتورة صادرة من السانع ومقبولة من سمسار المشتري (٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ١٢١) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قدم المشتري إيصالاً بالثمن بتوقيع البائع ، عد الإيصال مبدأ ثبوت بالكتابة يبيع إثبات مساحة الأرض المبيعة وحدودها ووقوع البيع باناً بالينة (١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٨٩) .

(٤) لاستئناف مختلط سنة ١٨٩٦ م ٨ من ٢٥٢ - وقد كانت المادة الأخيرة من المادة ٣٠٣/٢٢٧ من القانون المدني السابق تنص صراحة على تطبيق القواعد العامة في الإثبات فنقول : • إننا في حالة الإنكار تنبع القواعد المقررة في القانون بشأن الإثبات • .

للتعرف على إرادة المتبايعين (م ١/١٥٠ مدني) . ففي تفسير الشروط الظاهرة لا نَجْيزُ حِكْمَةَ النَّاسِ لِقَاضِي الْمَوْضُوعِ أَنْ يَنْحَرِفَ عَنْ مَعْنَاهَا الظَّاهِرِ إِلَى مَعْنَى آخَرَ ، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم .

أما إذا كانت عبارات البيع غير واضحة ، وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (م ٢/١٥٠ مدني) . ويستهدى للقاضي ، للكشف عن هذه النية المشتركة ، بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وإذا قام شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم ، الساع أو المشتري ، فإن كلا منهما ملتزم بعقد البيع (م ١/١٥١ مدني) . أما التقنين المدني الفرنسي فقد نصت المادة ١٦٠٢/٢ منه على أن « الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري وضد البائع » ، أي سواء كان البائع هو الدائن أو المدين (١) .

وإذا كان البيع من عقود الإذعان ، فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (م ٢/١٥١ مدني) . ففي التعاقد مع شركة المياه وشركة النور وشركة الغاز يكون العميل مشترياً للمياه والتوز والغاز بشروط أملت عليها الشركة ، ولا يستطيع هو إلا أن يذعن لها . فإذا كان ذلك غموض في التزامات الشركة ، فسر هذا الغموض ، لا لمصلحة الشركة المدينة كما كانت القواعد العامة تقضي فيما قدمناه ، بل لمصلحة العميل إذ هو الطرف المذعن (٢) .

(١) وقد أورد الفقه الفرنسي على هذا النص قديين . أحدهما أنه لا يسرى إلا إذا أُمِرَ للقاضي قواعد أخرى لتفسير عقد البيع ، والقيد الثاني أنه لا يسرى إلا في تفسير الشروط الطيبة المألوفة في عقد البيع فإذا وضع المشتري شروطاً استثنائية لمصلحته وجب الرجوع إلى القواعد العامة ونفسر هذه الشروط لمصلحة البائع (أوبري وردو • فقرة ٣٥٣ هامش رقم ٣ - بودري وسبينا فقرة ٢٨١ - بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨) . ومنعود إل هذه المسألة فيما يلى (انظر فقرة ٢٢٥ في هامش) .

(٢) انظر في مسألة تفسير العقد الوسيط ١ فقرة ٣٨٦ - فقرة ٤٠٥ .

§ ٢ - الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون

٢٥ - صرعة تميز بين البيع النهائي : فرضنا فيما قدمناه أن المتبايعين قد عقدوا العزم على التبايع ، فأبرموا عقد بيع نهائي . ولكن يقع كثيراً أن يبرم المتعاقدان مرحلة تمهيدية ، تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائي . وهذه المرحلة التمهيدية نفسها مندرجة ، فقد تكون مجرد وعد بالبيع ، وقد تصل إلى أبعد من ذلك فتكون يوماً ابتدائياً ، وتسيراً ما يقترن بالبيع الابتدائي عربون يميز للعائد الرجوع في البيع . وقد سبق أن استعرضنا هذه المرحلة التمهيدية في التعاقد بوجه عام (١) ، ونطبق هنا الأحكام التي سبق أن فصلناها في العقد على عقد البيع بالذات .

فنتعرض : (أولاً) الوعد بالبيع (ثانياً) البيع الابتدائي (ثالثاً) البيع بالعربون .

أولاً - الوعد بالبيع

٢٦ - صور ثلاث لمرعد بالبيع : قد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع نهائي ، بل على مجرد وعد بالبيع . والوعد بالبيع له صور ثلاث : (الصورة الأولى) الرعد بالبيع من جانب واحد (promesse de vente) . وفي هذه الصورة يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيع منه هذا الشيء إذا رغب الآخر في شرائه في مدة معينة . فيكون صاحب الشيء هو الملزم وحده بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، أما الطرف الآخر فلا يكون ملزماً بالشراء ، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته في الشراء فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع ، بل ويسقط الوعد بالبيع .

(١) الوسيط ١ فقرة ١٣١ - فقرة ١٤٢ .

(الصورة الثانية) الرعد بالشراء من جانب واحد (promesse d'achat) .
وفي هذه الصورة بعد المتعاقد الآخر صاحب الشيء أن يشتري منه هذا الشيء
إذا رغب الأول في بيعه في مدة معينة . فهذه ، كما نرى ، الصورة العكسية
للصورة الأولى . ويكون المتعاقد الآخر هو الملتزم وحده بالشراء إذا رغب
صاحب الشيء في بيعه ، أما صاحب الشيء فلا يكون ملتزماً بالبيع ، بل هو حر
إن شاء أظهر رغبته في البيع فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه
الرغبة فلا يتم البيع بل ويسقط الوعد بالشراء .

(الصورة الثالثة) الوعد بالبيع والشراء (promesse de vente et d'achat) ،
وتحتها حالتان ، حالة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد وحالة الوعد
بالبيع والشراء من الجانبين . ففي الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد
يجتمع الوعد بالبيع ملتزماً لجانب صاحب الشيء دون المتعاقد الآخر ، والوعد
بالشراء ملتزماً للمتعاقد الآخر دون صاحب الشيء ، أى تجتمع صورتان
المقدمتان . فيكون صاحب الشيء ملتزماً ببيعه إذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته
في الشراء في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الرعد بالبيع
كما قدمنا . ويكون ، من ناحية أخرى ، المتعاقد الآخر ملتزماً بالشراء إذا أظهر
صاحب الشيء رغبته في البيع في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط
الرعد بالشراء كما قدمنا . ونرى من ذلك أن هناك احتمالاً في هذه الحالة أن كلا
من صاحب الشيء والمتعاقد الآخر ، الأول لا يظهر رغبته في البيع والثاني
لا يظهر رغبته في الشراء ، فيسقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء في
وقت واحد . وهذا بخلاف الوعد بالبيع والشراء من الجانبين ، فهذا وعد
ملتزم للجانبين وهو بيع كامل ، وليس هو اجتماع وعد بالبيع ملتزم لجانب واحد
ووعد بالشراء ملتزم لجانب واحد ، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي :

١ - الوعد بالبيع من جانب واحد

٢٧ - أمثلة عملية: بمحدث كثيراً أن يجد الشخص نفسه في حاجة
إلى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يتفقد هو بالشراء .

فالمستأجر الدار قد يقوم عنده احتمال في أن يشترها ، ولكنه لا يريد أن يتخذ بالشراء منذ البداية ، إما لأنه يريد تجربة الدار وقتاً كاملاً وهو يسكنها كمتأجر ، وإما لأنه في حاجة إلى وقت لتدبير ثمن الدار وقد لا يستطيع تدبيره ، وإما لأي سبب آخر . ففي هذه الحالة يحصل ، إذا استطاع ، من صاحب الدار على وعد ببيعها منه إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء في مدة معينة تكون غالباً هي مدة الإيجار . فينتفع للمستأجر الوقت لتجربة الدار أو لتدبير ثمنه ، وقد لا تعجبه الدار أو لا يتيسر له تدبير الثمن ، فلا يظهر رغبته في الشراء . ومن ثم يسقط الوعد . أما إذا أعجبه الدار أو تيسر له تدبير الثمن فما عليه إلا أن يبدى رغبته في الشراء فيتم البيع (١) .

وقد يقع أن شخصاً يريد إنشاء مصنع على أرض معينة ، فيستأجرها من صاحبها ويقيم عليها الصنع . ويحصل في الوقت ذاته على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه في مدة معينة إذا رغب في شرائها . فإذا هو غير ائمان اللازم للشراء ، أبدى رغبته في أن يشترها لثم البيع ، وقد أتبع له بذلك الوقت الكافي لتدبير الثمن .

وقد يقع أن يكون بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك يقتضى أن يقوم البناء على قطع ، وتجاورة من الأرض لملاك مختلفين ، فيعقد من يريد البناء إلى الحصول على وعد بالبيع من كل مالك على حدة ، حتى إذا اكتمل له وعود من جميع الملاك ، أبدى رغبته في الشراء ، فيتم البيع في جميع الأجزاء اللازمة للبناء .

(١) وينبغي كما قد مر أن تكون مدة الوعد بالبيع هي مدة الإيجار ، فإذا تمت الإيجارات بالوعد بالبيع ، أما إذا انتهت مدة الإيجار فإن مدة الوعد تقتصر حتى ولو تجدد الإيجار مجدداً . فلو كان التجدد يعتبر إيجاراً جديداً ، وذلك ما لم يرد الطرفان الوعد لمدة الإيجار الجديد . وإذا انقضى الإيجار بسبب هلاك المدين أو الموصى لم يفسخ الوعد بالبيع ، بل يبقى على كونه في مدة إعادة بنائها ، وفي حالة تأجير المدين من الباطن ، بطل الوعد تماماً لمصلحة المستأجر الأصل لا لمصلحة المستأجر عن الباطن (بلاتريك وريبير ، على ١٠ - فقرة ١٠٠ - ثارن الأخذ أن الوعد بالبيع هو شرطاً في البيع) . وقد يقع أن يشتري المدين من الباطن على وجه بيعها ، ويظهر أن هذا شرطاً في البيع ، فإذا أكل المدين كانت له الميزة ، وإذا لم يرد ما يملكه من زيادة من الأجرة (بلاتريك وريبير ، على ١٠ - فقرة ١٧٦) .

ويمكن الاكثار من هذه الأمثلة العملية التي يحتاج فيها الشخص إلى الحصول على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء (١). وفيها جميعاً يكون الوعد بالبيع

(١) فن هذه الأمثلة العملية : شركات البناء العقارية تضمن عقود الإيجار الصادرة منها وعداً ببيع الدين إلى المستأجر - تلجأ الشركات الصناعية إلى الحصول من الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها ضماناً لتوسيع المصانع - مستأجر لأرض زراعية يحصل على وعد ببيعها قبل أن ينفق في إصلاحها مصروفات كبيرة - شركة تبحث عن معادن في أرض فتحصل من صاحب الأرض على وعد ببيعها إذا عثرت على المعادن .

وقد قضت محكمة مصر الاستئنافية بأنه إذا تعمد المشتري من الحكومة في عقد البيع بأن يرد إليها كل أو بعض ما اشتراه منها في نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه إذا لزم للشفعة العامة ، فهذا الشرط إنما هو شرط شخصي يترتب عليه حق عيني ، وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيع موقوف تنفيذ على إرادة أحد المتعاقدين (٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤٢ ص ١٠١) .

وقد يحول سبب دون تقدم شخص للزيادة بنفسه ، فيتفق مع آخر على أن يتقدم هو للزيادة . مع أن يحصل منه على وعد ببيع العين إذا رسا مزادها عليه . ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة الدخول في المزاد باسم مستأجر . وقد قضت محكمة النقض بأن تعدي المدين بأن من استخدمه للدخول في الزيادة يعتبر في القانون نائباً عنه بطريق إعارة الاسم ، وأن المار اسمه لا يتمكن في حق الأصل - هذا التعدي محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسر المزاد عليه معيراً اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراعي عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطنان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصروفات ، فذلك لا يصح التعدي به في إنكار الملكية على الراعي عليه المزاد (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ٦١٣) .

وقد يعد مدين دائنه بأن يبيع منه عيناً إذا لم يوف الدين في الميعاد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة المحتلف على تكييفها - هل هي ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكوراً فيها أنه : إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول ، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء . وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد ، وإن تعلق على شرط فاسخ . وإذا كان اعتبار تلك الورقة منسنة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغه عبارتها ، وليس فيه مسخ لدلوها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٣) . وفي هذه القضية كان من الممكن أن ينفق الطرفان على وعد بالبيع يبدأ أثره من وقت حلول الدين وعدم الوفاء به ، وهذا يقتضي أن يكون للدائن الحق في ألا يظهر رغبته في الشراء مؤثراً للمطالبة بالدين . أما على اعتبار أن البيع معلق على شرط واقف هو عدم الوفاء بالدين في الميعاد المحدد ، فهذا يقتضي أن يتم البيع بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط .

عقداً ملزماً لجانب واحد ، هو جانب صاحب الشيء الذى وعد ببيعه . فتتظر كيف ينقذ هذا الوعد بالبيع ، ثم نستعرض الآثار التى تترتب عليها إذا أنه قد صحبها .

٢٨ - كيف ينقذ الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد انعقاداً صحيحاً :

وأبنا فى الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠١ مدنى تنص على أن ١ - الاتفاق الذى بعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً و الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد (٢) .

ونرى من ذلك أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ليس مجرد إيجاب من الواعد ، بل هو عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول من الواعد والموعد له (٢) . ذلك أنه قد يتصور أن صاحب الدار مثلاً يصدر منه إيجاب ببيع الدار لشخص آخر ويتضمن الإيجاب مدة معينة لقبوله فيكون هذا الإيجاب ملزماً . ولكنه لا يكون الوعد بالبيع الذى نقصده هنا . والفرق بينهما أن الوعد بالبيع وسط بين هذا الإيجاب الملزم والبيع النهائى . ففى الوعد بالبيع يتفق كل من الواعد والموعد له على أن يبيع الواعد الدار إذا أبدى الموعد له رغبته فى شرائها خلال مدة معينة ، فهذا أكثر من إيجاب ملزم لأنه إيجاب قد اقترن به القبول من الطرف الآخر . ولكنه لا يزال دون البيع النهائى ، لأن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد وعد بالبيع . ولذلك يكون الوعد مرحلة دون البيع النهائى وفوق الإيجاب الملزم ، ففى الإيجاب الملزم لم ينتزم الموجب وعداً بالبيع بل التزم بالبقاء على إيجابه المدة المحددة . ثم إن الوعد

(١) فقرة ١٣١ - فقرة ١٣٤ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص فى الوسيط ١ فقرة ١٣٤ ص ٢٤١ حاشى رقم ١

(٣) وإذا كان القبول صادراً من الموعد له ، كما هو الحال ، فقبوله لا ينعقد ، ثم دلت

أ ، ومن ثم قد يكون مجرد تسكوت قبولاً ، وبالأولى قد يكون القبول عسفاً .

بالبيع ، من الناحية العملية ، مرحلة أقوى وأكثر ثباتاً في إلزام الواعد من مرحلة الإيجاب الملزم ، وتكون المدة المحددة للوعد أطول عادة من المدة المحددة للإيجاب الملزم (١) .

وبمخلص من المادة ١٠١ مدنى التى تقدم ذكرها أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع الاتفاق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعود به . فيجب أن يتفق الواعد والموعود له على المبيع والثمن وعلى جميع شروط البيع التى يريان الاتفاق عليها ، وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام البيع النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الشراء . ويجب أيضاً أن يحدد المتعاقدان مدة يظهر فى خلالها الموعود له رغبته فى الشراء ، حتى إذا انقضت هذه المدة ولم تظهر هذه الرغبة سقط الوعد . ونرى من ذلك أن أقل ما يجب أن يتم الاتفاق عليه لانعقاد الوعد بالبيع هو ما يأتى . (١) العين المراد بيعها ، مع تعيينها التامين الواجب شأن كل مبيع . (٢) الثمن الذى تباع به ، مع تحديده تحديداً كتابياً شأن من (٢) . (٣) المدة التى يجب فى خلالها على الموعود له أن يظهر رغبته فى الشراء ، وقد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضمنيّاً ، كما رأينا فى حالة المستأجر الموعود ببيع العين المؤجرة عندما يتبين من الظروف أن مدة الوعد على مدة الإيجار (٢) . فإذا لم ترد المسائل المتفق عليها فى الوعد بالبيع على ما تقدم ، وأبرم

(١) ويقول بودرى وسينيا إن الوعد بالبيع قد يكون فى مرحلة أول مجرد إيجاب من الجانب ، إيجاب يستطيع صاحبه العدول عنه . وقد يقوى عن ذلك فى مرحلة ثانية فيكون إيجاباً اقترن من الطرف الآخر دون أن يقتيد هذا الطرف الآخر بالشراء ، فيكون وعداً بالبيع ملزماً لجانب واحد ، ويلتزم الموجب بوعد ولا يجوز له العدول عنه ، ولكن القابل لا يلتزم بشئ . وقد يصل فى القوة إل المرتبة العليا فى مرحلة الثالثة ، فيلتزم القابل من جانبه هو أيضاً أن يشتري ، فيكون وعداً بالبيع وبالشراء ملزماً للجانبين ، وهذا يعدل البيع الكامل (بودرى وسينيا فقرة ٤٧) .

(١) وكان بوتيه (البيع فقرة ٤٨١) يذهب فى القانون الفرنسى القديم ، إل أن الاتفاق «لثمن ليس لازماً لسمعة الوعد ، ويتولى الإبرام تقديره فى البيع النهائى . ولكن هذا الرأى لم يعمول به فى القانون الفرنسى الحديث (بودرى وسينيا فقرة ٩٨) .

(٢) ولما إذا كان العقد الموعود به لا يحدى تنفيذه بعد فوات وقت معين ، فهذا العقد هو الذى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى تناقض القضية ما ينفذ من نصيب هذه المدة ، جاز الرأى بالبيع ، لأن المدة هى

البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعود له في الشراء ، فان بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون ، كما هو الأمر في أى بيع آخر . فيكون تسليم المبيع واجباً في الحال ، ويكون الثمن واجب الدفع فوراً ، ويكون حق المشتري في الثمار وحق البائع في تقاضى فوائد عن الثمن ومصرفات البيع وكيفية تسليم المبيع وضمان الهلاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من المسائل الكثيرة التى يشتمل عليها عقد البيع حاضمة للأحكام التى تسرى على البيع ووفقاً للقواعد التى قررها القانون في هذا الشأن .

ولما كان عقد البيع عقداً رضائياً كما قدمنا ، فان عقد الوعد بالبيع هو أيضاً عقد رضائى لا يشترط لانعقاده شكل خاص ، شأنه في ذلك شأن البيع . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى تقضى بأنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ، فان عقد الوعد بالبيع لا يدخل في مضمون هذا النص ، إذ لم يشترط القانون لتمام البيع استيفاء شكل معين كما سبق القول . وهذا الم نكن في حالة من الحالات الاستثنائية التى يكون فيها البيع شكلياً (١) ، فعندئذ يجب أن يستوفى الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذى يجب أن يستوفيه البيع (٢) .

= هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان في تحديدها تكفل القاضى بذلك (الوسيط
فقرة ١٣٤ ص ٢٥٣) - أما في فرنسا فلا يوجد نص - كما يوجد في مصر - يوجب تحديد
المدة فيجوز الوعد بالبيع دون تحديد مدة ، ويتولى القاضى تحديد المدة المدة المعقولة (بودرى
وسينيا فقرة ٧٠ -) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون ضمن شروط الوعد بالبيع الرضائى أنه في حاله ظهور
وهبة الموعود له في الشراء يجب أن يفرغ البيع في ورقة رسمية . وفي هذه الحالة إذا أظهر الموعود
له رغبته في الشراء ، وجب على الراعد أن يشترك مع الموعود له في إعداد الورقة الرسمية التى تبرم
للعقد النهائي . ويكون الوعد بالبيع هنا رضائياً مع أن البيع النهائي شكل ، وذلك لأن الشكل هنا
لم يشترطه القانون بل اتفق عليه المتعاقدان (أنظر الوسيط فقرة ١٣٥ ص ٢٥٣ هامش رقم ٢) .
وإذا امتنع الراعد عن إمضاء الورقة الرسمية لإبرام العقد النهائي ، فن رأينا أن يقوم الحكم في هذه
الحالة مقام العقد مفرغاً في هذه الورقة الرسمية ، إذ الحكم هو نفسه ورقة رسمية . يؤيد ذلك ما جاء
في المادة ١٠٢ مدنى من أنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم لكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً
تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ،
قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد » . وهذا بخلاف ما إذا كان العقد الموعود =

ولما كان الوعد بالبيع هو خطوة نحو البيع النهائي كما قدمنا ، فإن شروط البيع - لامن حيث الانعقاد فحسب بل أيضاً من حيث الصحة - تكون مطلوبة في الوعد بالبيع . فتعتبر الأهلية بالنسبة إلى الراعد وقت الوعد ، ومن ثم يجب أن يكون الراعد أهلاً للبيع النهائي وقت الوعد ولو فقد الأهلية وقت إبرام العقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً . وتعتبر عيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد أيضاً ، فانه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ البيع النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له كما سيجيء . أما أهلية الموعود له فتعتبر وقت البيع النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت ظهور رغبته في الشراء ، ذلك أنه لا يلزم بشيء وقت الوعد وإنما يلزم عند البيع النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد ، لأن الوعد كما قدمنا عقد وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتعتبر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت البيع النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاه في كل منهما صحيحاً (١) .

ويكفي أن تتوافر مشروعية المحل والسبب وقت البيع النهائي ، حتى لو لم تكن متوافرة وقت الوعد (٢) .

= بإبرامه هو في الأصل وبمحكم القانون مقدماً شكلياً كالرهن الرسمي ، وكان الوعد به لم يفرغ في الشكل الرسمي ، فالحكم في هذه الحالة لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتبرؤ (الوسيط ١ فقرة ١٣٩) . وعلة ذلك أن عقد الوعد في حالة الرهن الرسمي عقد شكل لم يستوف الشكل ، والمادة ١٠٢ مدني تشترط كما رأينا أن يكون الوعد بالعقد متوافراً فيه الشكل الواجب قانوناً حتى يقوم الحكم مقام العقد . أما إذا لم يكن هناك شكل واجب قانوناً ، كما هو الأمر في الوعد بالبيع ، فليس هناك ما يحل بأحكام المادة ١٠٢ مدني إذا نحن جعلنا الحكم يقوم مقام العقد ، حتى لو اشترط اتفاقاً أن يكون العقد النهائي رسمياً ، لأن الشروط اللازمة تمام الوعد بالبيع - وليس فيها شرط خاص بالشكل - متوافرة ، وهذا كاف لجعل الحكم يقوم مقام العقد . (١) بلانيرول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٧٧ .

(٢) ولكن الوعد بالبيع ذاته له محل هو إبرام العقد النهائي ، ولذلك يجب أن يكون إبرام هذا العقد ممكناً قانوناً ، فلا يجوز الوعد ببيع حق في تركة مستقبلية . كذلك يجب أن يكون الباعث على النوع - وهذا هو السبب - مشروعاً ، فلا يصح الوعد ببيع سلاح يريد الموعود له لارتكاب جريمة (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٩٣) . لكن إذا وعد شخص ببيع عين مبرتها ، ولم يبد الموعود له رغبته في الشراء إلا بعد أن ورث الواعد العين ، فإن هذا يكون جائزاً

٢٩ - الاستمار التي تترتب على الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد :
إذا انعقد الوعد بالبيع صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، وجب في بيان
الآثار التي تترتب عليه التميز بين مرحلتين : (١) قبل ظهور رغبة الموعود له
في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) بعد ظهور هذه الرغبة أو بعد انقضاء
المدة المحددة دون ظهورها .

٣٠ - الاستمار التي قد تترتب قبل ظهور الرغبة : قدمنا أن الوعد بالبيع
عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع ، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعود
له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد هو التزام بعمل (obligation de faire) ،
وهذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائى مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته
في الشراء في المدة المحددة (١) . وزى من ذلك أن حق الموعود له في هذه المرحلة
- أى قبل ظهور رغبته - حق شخصى لا حق عيى ، فلا تنتقل إليه ملكية
الشيء الموعود ببيعه . ويترتب على ذلك أمران :

(الأمر الأول) أن الواعد بالبيع يبر مالكا للشيء الذى وعد ببيعه . فله أن
يتصرف فيه ، وله أن يؤجره وأن يحصل على غلته ، وذلك إلى وقت إبرام البيع
النهائى (٢) . وبسرى بوجه عام تصرف الواعد في حق الموعود له . فإذا كان
الشيء الموعود ببيعه عقاراً ، وباع الواعد العقار من آخر ، وسجل البيع قبل
ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، بل وبعد ظهور هذه الرغبة إذا لم يتمكن
الموعود له من تسجيل البيع النهائى الذى تم بظهور رغبته في الشراء قبل تسجيل
البيع الأول ، فإن تصرف الواعد يسرى في حق الموعود له . أما إذا كان الشيء
الموعود ببيعه منقولاً معيناً بالذات ، وتصرف فيه الواعد قبل ظهور رغبة
الموعود له في الشراء ، سرى التصرف في حق الموعود له وليس لهذا إلا الرجوع

(١) ولا يمتنع على هذا بأن الالتزام يكون إرادياً ، فإن الإرادة هنا هي إرادة الدائن
لا إرادة المدين . هذا إلى أن إرادة الدائن نفسها محوطة بظروف لا تجعل الأمر يتعلق بمسح
الإرادة ، فهو إذا أبدى رغبته في الشراء لابد أن يكون قادراً على دفع الثمن وعلى القيام بالتزاماته
الأخرى (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٤) .

(٢) بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨

بتعويض على الراعد (١) . فإذا كان تصرف الواعد في المنقول قد صدر بعد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، لم يسر التصرف في حق الموعود له . بل اعتبر البيع الصادر له قد أبرم أولاً فتنتقل إليه ملكية المنقول . وهذا كله من مراعاة القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، فإذا تصرف الموعود له في المنقول ، سواء كان هذا قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء أو بعد ظهور هذه الرغبة ، فأيهما تسلم العين أولاً - الموعود له أو من تصرف له الواعد - يكون مالكاً للعين إما بموجب عقد البيع النهائي وإما بموجب الحيازة ، ويرجع الآخر بتعويض على الواعد .

(الأمر الثاني) أنه إذا هلك الشيء الموعود ببيعه قضاء وقدرأ ، تحمل الواعد تبعه هلاكه (٢) ، لأنه هلك قبل التسليم كما يكون الأمر لو أن البيع النهائي

(١) وهذا كله ما لم يستطيع الموعود له أن يظن في تصرف الواعد بالدعوى البولسية ، بأن أثبت تراوط الواعد مع المتصرف له على الإضرار بحقه ، أو كان التصرف تبرعاً حيث لا يحتاج الموعود له إلى إثبات التراوط (الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٩) . ومن هذا البيان أنه لو تصرف المتصرف له سيبى النية لم تصرف له ثاب وكان هذا حسن النية ، لم يملك الموعود له الثمن في التصرف الأخير لأن المتصرف له الثاني حسن النية ، وذلك وفقاً لقواعد الدعوى البولسية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٩١ هامش رقم ٥ - الأستاذ أنور سنان فقرة ٧٩ ص ١٠٣) .

ويذهب الأستاذ جميل الشراوى إلى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التعويض من المتصرف إليه إذا كان سيبى النية ، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تعاقده ، فالحكم بالتعويض هو الجزاء الوحيد الجائز التطبيق . أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التعويض فيقوّم في نظره على خلط بين نظام التصرف القانوني ونظام المسئولية (الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٣٢ ص ٧٥ - ص ٧٦) . ويشك الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في إمكان جعل التصرف غير نافذ في حق الموعود له ، فإن المشتري إذا تمكن من تسجيل عقده قبل أن يسجل الموعود له البيع النهائي ، لم يستطع الموعود له أن يحتج على المشتري بأنه كان سيبى النية وقت أن سجل عقده (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٩٩) .

(٢) وإذا تخلف عن هلاك الشيء أو نزع ملكيته شيء يقوم مقامه - التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية - فهل يحل هذا الشيء حلولاً عينياً محل الشيء الموعود ببيعه ؟ يجب الفقه الفرنسى بالنفى ويذهب إلى سقوط الوعد (بلانيول وريبير وهامل ص ١٧٨) ، ولكن الفضاة الفرنسى يقول بالحلول العيني (نقض فرنسى ١٩ يونيو سنة ١٩٢٤ صيريه ١٩٢٧ - ١ - ٥٨ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص ٩٩ والأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٠١ ص ١٥١ - ص ١٥٢) .

قد أبرم ، بل لأن الواعد لا يزال هو المالك والأصل أن الشيء يهلك على مالكه .
وكهلاك الشيء نزع ملكيته ، بنحمل الواعد تبعته (١) .

٣١ - الآثار التي تنزب بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة
دونه ظهورها : وننتقل الآن إلى المرحلة الثانية ، وفيها يقع أحد شيئين :
(١) إما أن يظهر الموعود له رغبته في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) وإما
أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

ففي الحالة الأولى تظهر رغبة الموعود له في الشراء صراحة أو ضمناً ،
بشرط أن يكون ذلك في المدة المحددة . وتظهر الرغبة ضمناً فيما إذا تصرف
الموعود له في الشيء الموعود ببيع أو بإيجار أو غير ذلك ، مما تستخلص منه نيته
في أنه اعتبر الشيء مملوكاً له فتصرف به على هذا النحو . فإذا ظهرت رغبة
الموعود له في شراء الشيء الموعود به ، فإن البيع الهائي يتم بمجرد ظهور هذه

١ - أما إذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، ومع ذلك أبدى الموعود له رغبته في شرائه ، فللواعد أن
يلزمه بكل المثل (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦ ص ٩٩ - ص ١٠٠ - الأستاذ سليمان مرقس
فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ محمد كامل حرسى فقرة ٤١ ص ٧٠ . وقارن الأستاذ عبد المنعم
البدراوى فقرة ١٠١ ص ١٥١ والأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ١٠) .

(١) بودرى وصينيا فقرة ٦٧ - فقرة ٦٧ مكررة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز
بمثال أن يحجب على الواعد نزع ملكية بعض الدين للمنفعة السامة ، لأن نزع ملكية المبيع يرد
عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك ، وبسبب اللزوم العقل لا يصح من الواعد بالبيع
(نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ٨٤ ص ٢٤٠)

هذا وإلى جانب الأمرين الذين ذكرنا - استبقاء الواعد للملكية وتحمله ثمة الهلاك - يجوز
أيضاً للموعود له أن يحول حقه الشخصي في دية الواعد إلى محال له وفقاً لقواعد حوالة الحق
(بودرى وصينيا فقرة ٦٩ - ملاذيل وريبير وعامل ، اقرة ١٧٨ - أوبري ورو ، فقرة ٣٨٩
ص ٧) . وإذا نزع ملكية العين الموعود ببيعها للمنفعة العامة ، كان التصرف للواعد
لا للموعود . والموعود له أن يطالب ببيع الواعد من القيام بأعمال تحول دون إبرام البيع النهائي ،
كنه من عدم اللزوم الموعود ببيعها . وللموعود له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الواعد ،
فيرفع دعوى المباشرة ويقطع التقادم ، وله أن يطالب بتعيين مارس على العين المبيعة إذا شرع
الواعد في عدمها (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٦) .

(لموسيط - ص ٥)

الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديده من الواعد (١) . وبعتبر البيع النهائي قد تم من وقت الرغبة لا من وقت الوعد ، على أساس أن ظهور الرغبة بعد إيجاباً من جانب الموعود له ، وهو إيجاب مقبول من الواعد فقد التزم هذا أن يقبله بمرحبة الوعد الصادر منه (٢) . ينتم البيع النهائي ، على هذا الوجه ، من وقت ظهور الرغبة (٣) . والأمر واضح ، وإذا كان الشيء الموعود ببيعه عيناً منقولة

(١) استئناف مختلط أول يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ - ٤١٢ - بودرى وسينا فقرة ٧٠ مكررة .

وإذا اشترط في الوعد أن الموعود له يجب أن يدفع الثمن فوراً عند ظهور رغبته ، فظهور الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يعتد به (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣١٩ ص ٦) . وإذا ارتفعت قيمة الشيء مما كانت عليه وقت الوعد ، لم يلزم الموعود له أية زيادة في الثمن . فإذا كان ارتفاع القيمة رجحاً إلى زيادة من المبيع أجراها الواعد دون اتفاق مع الموعود له ، اعتبر الواعد في حكم من أحدث هذه الزيادة بسوء نية في ملك الغير (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ كامل مرسى فقرة ٥١ ص ٧٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٩٤ - هامش ٣ - الأستاذ محمد حى لمعيسى ص ١٩٧) . ويكون للموعود له الحق في ثمرات المبيع من وقت ظهور رغبته في الشراء لا من وقت صدور الوعد بالمبيع (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ٢٧ ص ٢٧) .

(٢) يقبل الواعد ليس إذن إلا تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمته بموجب الوعد بالمبيع ، فقد التزم بعمل هو إبرام البيع النهائي ، أى قبول الرغبة التي يظهرها الموعود له في الإرادة ، وإذا نازع الواعد في وقوع البيع ، حكم القاضي بوقوعه ، وقام حكمه مقام تنفيذ التزام الواعد ، لأن الالتزام من الالتزام ببدل تنسح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ (م ٢١٠ مدني) . وقد نصت المادة ١٠٢ مدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت للشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المنقضى به مقام العقد » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً لنص أهم هو المادة ٢١٠ مدني ، إذ تقول : « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٦ ص ٦٩ . وانظر في الفقه الفرنسي أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٠ - بودرى وسينا فقرة ٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ .

(٣) ويجب استبعاد أن يكون الوعد بالمبيع بيعاً مطلقاً على شرط ، إذ أن الموعود له لم يرتبط بوقت الوعد أن يشترى ولو تحت شرط ، ومن ثم لا يكون لظهور رغبته في الشراء أثر رجعي (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) . كذلك يجب استبعاد أن يستحيل التزام الواعد ، وهو التزام بعمل كما قدما ، إلى تعريض ، إذ هو التزام قابل للتنفيذ =

معينة بالذات ، ككتاب أو سيارة أو جهاز أو آلة ، فإن البيع النهائي به تبر قد تم بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، وتنتقل ملكية العين إلى الموعود له الذي أصبح الآن مشترى ، ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه للواعد الذي أصبح الآن بائعاً ، وتسرى أحكام البيع في سائر المسائل . أما إذا كان الشيء والموعود بييمه عقاراً ، فالبيع يتم أيضاً بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل . فعلى البائع (الواعد) أن يقوم بالأعمال الواجبة لكتابة العقد والتصديق على إمضائه حتى يكون العقد معداً للتسجيل ، فإن هو امتنع من ذلك أو نازع في أن العقد النهائي قد تم جاز للمشتري (الموعود له) أن يحصل على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد ، ومنى سجل هذا الحكم انتقلت الملكية إليه (١)

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في الشراء ، تحلل الواعد من وعده وسقط الوعد (٢) ، وصار الواعد في حل بعد ذلك أن يتصرف في الشيء لمن يشاء . وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو أظهر الموعود له رغبته في الشراء ولكن بعد انقضاء المدة المحددة . كذلك يكون هذا هو الحكم لو أن الموعود له ، حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، أعلن عدم رغبته في شراء الشيء الموعود به ، ولو ضمناً كأن تعامل مع الواعد في الشيء على اعتبار أن الواعد هو المالك المستر فاستأجره منه مثلاً لمدة تجاوز مدة الوعد . ذلك أن إعلان

= المعنى من طريق صدور حكم قضائي (بودى وسينياقرة ٦٤ - فقرة ٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ - جوران ٢ نشرة ١٠٧٣) .

هذا ويحرم أن يقضى الحكم الصادر بوقوع البيع بتحويل الموعود له من الضرر الذي لحقه من جراء عدم مبادرة الواعد إلى الاعتراف بالتزامه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢)

(١) وإذا كان الوعد بالبيع - كما يقول الأستاذ سليمان مرقس - مدوناً في محرر يحمل توقيع الواعد توقيعاً مصدقاً عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع ، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وإقراراً به مصدقاً عليه أيضاً بقبول الشراء بناء على الوعد ، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨) .

(٢) وذلك دون حاجة لأن يطر الواعد الوعد له (نقض مدني ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٢٤) .

(۴) ومن الأمانة كتباً فرعون وأمره أن يكتبوا قصصه فكتبوا قصصه في كتابين أحدهما في بيت المقدس والآخر في بيت النصارى

على شرط أن يريد بيعه، ولا يقال إن هذا شرط لإرادى محض من جانب المدين ، فإن إرادة الواعد بيع الشيء ليست لإرادة محضة، بل هى متصلة بظروف خارجية قد تدفعه أن يمتنع عن بيعه مع شدة رغبته فى ذلك ، فالشرط إذن شرط مختلط وليس شرطاً لإرادياً محضاً (١) .

وينقد الوعد بالتفضيل على النحر الذي ينقد به الوعد بالبيع المزمع

الشخص الآخر على وعد بالشراء ، فإن هذه الحالة تختلف عن حالة الوعد بالتفضيل المتقدمة من وجهين : (أولاً) حالة الوعد بالشراء لا يكون صاحب الدار ملزماً ببيعها من الشخص الآخر بل يجوز له أن يبيعها من غيره ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإن صاحب الدار يكون ملزماً برفض الدار عن الشخص الآخر إذا أراد بيعها . (ثانياً) في حالة الوعد بالشراء يكون الشخص الآخر ملزماً بالشراء إذا عرضت له الدار ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإنه لا يكون ملزماً بذلك .

وهذا لأنة عملية أخرى للعمد بالتفصيل : يحصل المشتجر من المزجر على وعد بتفضيله إذا أراد هذا بيع العين المزجرة - يحصل المشتري العقار من البائع على وعد بتفضيله في عقار آخر ملكه فباعتبه - إذا أراد هذا منه - يبيع شخصه عقار من آخر ويتفق مع المشتري على أنه إذا أراد هذا يبيع الغير وحده عنده من به صانع بالتمهات الأولى وهذا ما يسمى بالوعد بإعادة البيع *Revente de l'acheteur* - الحزب يومئذ يوافق عليه ٧٠ مكرره فاب - بالاحزاب ويريد ٢٠ من ١٠ مقرة ١٨٤ - كأصله عليه من نفس المقرة ٢٠٤ .

[illegible][illegible]

لجانب واحد ، فيجب أن يكون مشتملا على الشيء الموعود به والتمن الذي يباع به والمدة التي يجب في خلالها أن يمرض الواعد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه (١) . وكل ما قلنا في انعقاد الوعد بالبيع وفي صحته يقال هنا .

والأثر الذي يترتب على الوعد بالتفضيل ، في المرحلة السابقة على عرض الشيء الموعود ببيعته ، هو نشوء التزام شخصي في ذمة الواعد بأن يمرض الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه . وهو مجرد التزام شخصي يترتب عليه كما في الوعد بالبيع فيما قدمناه ، أن يبقى الواعد لكأ للشيء (٢) . وأن الشيء إذا هلك أو زعت ملكيته تحمل الواعد تبعه ذلك دون أن يلتزم بضمان للموعود له .

والأثر الذي يترتب ، في المرحلة الأخيرة ، أنه إذا أراد الواعد بيع الشيء في المدة المحددة ، وعرضه على الموعود له فقبل شراؤه ، تم البيع النهائي في المقول وفي العقار على الوجه الذي يبتاه في الوعد بالبيع . وإذا رفض للموعود له شراؤه ،

(١) ويمكن وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ألا يحدد المتعاقدان لا التمن ولا المدة ، فيقتصر الواعد على أن يلتزم بأنه في أي وقت يمتزم ببيع الشيء يرضه أولاً على الموعود له ليشتره بالتمن الذي يمكن به بعه فغير (بودرى وسبينا فقرة ٧١ مكررة) . أنظر في عدم لزوم تحديد المدة الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ١٠٢ ، وعلى العكس من ذلك في أن تحديد المدة واجب الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٠ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٧ .

ويطلب في الوعد بالتفضيل ألا يجوز للموعود له التزول من حقه لأن شخصه على اعتبار صفة الواعد . ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يشترط الموعود له جواز التزول من حقه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٨ ص ٢١٨) . وإذا مات الواعد انتقل التزامه إلى ورثته ، فإذا كانت الورثة قصراً قامت صعوبة في تحديد التمن إذ الثالب أن مال القاصر يباع بالمزاد العلني ، فإذا وضع شرط التفضيل في دفتر الشروط أحجم الناس من المزايدة (أنظر في أن الوعد بالتفضيل لا يكون إلا في البيع بالممارسة ولا يجوز في البيع بالمزاد أوبري ورو ٥ فقرة ٣١٩ هامش رقم ١٢ مكرر ٩) .

(٢) فإذا تصرف فيه لغير الموعود له نفذ تصرفه ، ولكن يرجع الموعود له بتعويض على الواعد . فإذا كان الواعد متواطئاً مع من تصرف له في الشيء ، وأمكن الموعود له الطعن في التصرف بالنسبة البولسية ، كان التصرف غير نافذ في حق الموعود له (بودرى وسبينا فقرة ٧١ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٥) .

ولكن إذا تصرف الواعد في الشيء بغير البيع ، بأن وهبه أو قابض عليه أو دفعه حصّة في شركة ، لم يكن للموعود له حق في أخذه ، بل ولا في التعويض ، إذ التزام الواعد مقصور على حالة التصرف بالبيع (بودرى وسبينا فقرة ٧٢) .

أو انقضت المدة المحددة دون أن يربد الواعد بيع الشيء ولو أراد البيع بعد ذلك ، أو أعلن الموعود له رغبته في تحليل الواعد من التزامه ، فإن الوعد بالتفضيل يقط ، ويتحلل الواعد من الالتزام الذي ترتب في ذمته بموجب الوعد بالتفضيل . وقد قدمنا كل هذه الأحكام تفصيلاً في الوعد بالبيع .

ب - الوعد بالشراء من جانب واحد

٣٣ - أمثلة هملية : يحدث أن يجد صاحب الشيء نفسه في حاجة إلى الحصول من شخص آخر على وعد بشراء هذا الشيء . مثل ذلك صاحب الدار يتقدم له شخص في شرائها ، وهو لم يبت العزم بعد على البيع ، فيكتفي بالحصول من هذا الشخص على وعد بالشراء فيها إذا بت صاحب الدار العزم على البيع في مدة معينة . أو يكون قد بت العزم على البيع ، ولكنه يريد أعلى ثمن ، فيحصل ممن تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذي يعرضه ، وإن وجد بعد ذلك من يعرض ثمناً أعلى باع الدار منه ، وإلا باعها من الواعد بالشراء . أو يكون قد أراد بيع الدار لشراء دار أخرى ، ويخشى أن يبت في البيع ألا يجد بعد ذلك الدار التي يرغب في شرائها ، فيكتفي بالحصول على وعد بالشراء ، حتى إذا عثر على الدار التي يرغب فيها باع داره واشتراها (١) .

وكثيراً ما يقع أن يتفق صاحب الشيء المعروض في المزاد مع شخص آخر على أن يتقدم هذا في المزاد لإبلاغ الثمن إلى مقدار معين ، فهذا وعد بالشراء من جانب الشخص الآخر ، وعليه أن يتقدم بعطاء بهذا المقدار ، فإن زيد عليه لم يلتزم بأن يزيد . فإذا رما المزاد على غيره ، ثم أبطل أو أعيد على من رما عليه ، لم يلتزم أن يتقدم في المزاد الجديد . أما إذا لم يتقدم للمزاد أصلاً ، أو تقدم

(١) ويقع كثيراً أن يحصل السمسار من عميله على وعد بشراء الدار التي يتوسط السمسار في شرائها له ، بشن معين في خلال مدة معينة ، وهذا ما يسمى بالتفويض . فإذا نجح السمسار في حل صاحب الدار حل يبيعها بهذا الثمن في خلال هذه المدة ، رجع على الواعد بأثمنه بوعده . ولكن الواعد هنا يلتزم بالشراء نحو السمسار لا نحو صاحب الدار ، فإذا أخل بوعده ولم يشتتر الدار رجع السمسار عليه بالتفويض وهو مقدار السمرة التي فات عليه ، ولا شأن لصاحب الدار بالواعد .

ولم يبلغ الثمن المقدار المتفق عليه ، فرسا المزااد بضمن أقل ، ألزم بالفرق على سبيل التعويض لأنه يكون قد أحل بوعده (١) .

٣٤ - كيف ينفذ الوعد بالشراء الملتزم لجانب ١٠ انعقاداً صحيحاً :

هنا أيضاً نطبق المادة ١٠١ مدنى التى سبق ذكرها (٢) ، فيشترط لاتعقاد الوعد بالشراء الانساق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للشراء الموعود به . فيتفق الواعد بالشراء مع الموعود له على الشيء الموعود بشرائه ، والثمن الذى يشتري به ومدة يتفق عليها صراحة أو ضمناً يظهر فى خلالها الموعود له رغبته فى البيع ليتم الشراء .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٨ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المزروع ملكيته انتفاء لخطر الهازفة ، وصحياً وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تطلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم ، والتزم المشتري بالتدخل فى المزااد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه ، بحيث إذا اضطر إلى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها ، فإن الدفع ببطان هذا الاتفاق لمخالفته لنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس . ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايد من محيطها ، بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزااد على غير المشتري من المدين بضمن يزيد على الثمن المسى عما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة ، فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه . وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة لردود بأن المتعاقدة مع المدين أسحب بمقتضى الاتفاق المشار إليه فى مركز المشتري والمدين فى مركز البائع ، ومن حق المشتري الحصول على الزيادة وسببها القانونى هو العقد المبرم بينهما (نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٣ ص ٥٠٧) . ويبدو من وقائع هذه القضية أنه لو رسا المزااد بأقل من الثمن المتفق عليه فإن المتهم بإرساء المزااد بهذا الثمن كان يدفع الفرق ، فكذلك تكون له الزيادة ، فالعقد احتمال وهذا هو السبب القانونى .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوعد الصادر من شخص بدخول مزااد وإرساء المزااد عليه هو وعد بالشراء صحيح ، ويلتزم الواعد بالتعويض إذا أحل بالترامه (١٦ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٤ ص ٣٠٩) . وقضت أيضاً فى نفس الحكم بأن من وعد بالدخول فى مزااد والمزايدة إلى حد مبلغ معين ، ينقضى وعده إذا أجل هذا المزااد . وقضت كذلك بأن الوعد بالشراء الصادر من محتاج الأرض للموهرما يلزمه إلى مدة معقولة ، فلا يجوز للموهر أن يطيل هذه المدة قبل أن يبيع رغبته فى البيع إلى حد أن يتقاضى من المستأجر أجرة تدانى ثمن الأرض (٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٠٩) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ١٨ .

وكل ما قلناه في خصوص رضائية الوعد بالبيع ، وأهلية كل من الواعد والموعود له ، ومتى تنافر هذه الأهلية ، وعيوب الإرادة عند كل من الطرفين ، ومشروعية المحل والسبب ، ينطبق هنا على الوعد بالشراء .

٣٥ - الآثار التي نترتب على الوعد بالشراء قبل ظهور الرغبة :

الوعد بالشراء كالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواعد بالشراء ، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعود له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد بالشراء هو أيضاً التزام بعمل (obligation de faire) ، وهو أن يبرم بيعاً نهائياً مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته في البيع في المدة المحددة (١) . فيكون حق الموعود له في هذه المرحلة حقاً شخصياً لاحقاً عينياً ، كحق الموعود له في الوعد بالبيع (٢) . ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - يبقى الشيء مملوكاً للموعود له ، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء . ويسرى تصرفه في حق الواعد بالشراء . فإذا باع الموعود له الشيء من آخر غير الواعد ، صح البيع وسرى في حق الواعد . وسقط في الوقت ذاته الوعد بالشراء لأن الموعود له بتصرفه في الشيء لغير الواعد قد نزل عن حقه في إلزام الواعد بشرائه .

ثانياً - وبديهي أن الواعد بالشراء لا يستطيع التصرف في الشيء لأنه لم تنتقل له ملكيته في هذه المرحلة ، وإذا تصرف فيه كان تصرفاً في ملك الغير ، ولا يسرى تصرفه هذا في حق المالك وهو الموعود له . ولكن يجوز للموعود له أن يجزئ التصرف فيصح ويسرى في حقه ، وهذا هو حكم بيع ملك الغير . كذلك يجوز بعد تصرف الواعد في الشيء أن يبدى الموعود له رغبته في بيعه من الواعد فيتم البيع النهائي ، ويصبح الواعد بموجب مالكا للشيء وفقاً لأحكام القانون ،

(١) وليس الالتزام هنا معلقاً على شرط إرادى محض ، وقد بينا هذا عند الكلام في الوعد بالبيع (انظر آنفاً فقرة ٢٩ في الهامش) .

(٢) وقد خص تقنين الموجبات والعقود أمينات الوعد بالشراء بنص واحد هو المادة ٤٩٧ من هذا التقنين : وتجري على الوجه الآتي : « إن الوعد بالشراء الصادر من فريق واحد مباح أيضاً ، ويجب أن يفهم ويفسر كالوعد بالبيع مع التمديل المنقضى » .

فبعض التصرف الذي صدر منه قبل ظهور رغبة الموعود له في بيع الشيء . وهذا هو أيضاً حكم بيع ملك الغير عندما يصبح البائع مالِكاً للشيء الذي باعه قبل أن يملكه .

ثالثاً - إذا هلك الشيء الموعود بشرائه قضاءً وقدرًا هلك على ملك الموعود له ، ونحمل هذا تبعاً للملاك ، إذ الأصل أن الشيء يهلك على مالِكه . ولا يستطيع الموعود له بداهة ، بعد هلاك الشيء ، أن يلزم الواعد بشرائه . وكهلاك الشيء انزع ملكيته ، يتحمل الموعود له تبعته (١) .

٣٦ - الاسماء التي ترتب على الوعد بالشراء بعد ظهور الرغبة

أو بعد انقضاء المرة ووجه ظهورها : وننتقل إلى المرحلة الثانية . فاما أن يظهر الموعود له رغبته في البيع في خلال المدة المحددة ، وإما أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

ففي الحالة الأولى ، إذا ظهرت رغبة الموعود له ، صراحة أو ضمناً ، في البيع في خلال المدة المحددة ، تم البيع النهائي بمجرد ظهور هذه الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد بالشراء من جهة الواعد . وباعتبار البيع النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد ، تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمة الواعد ، فاذا نازع هذا في تمام البيع استطاع الموعود له أن يحصل على حكم بوقوع البيع يقوم مقام العقد ، وذلك كله على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع .

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في البيع في المدة المحددة ، تحال الواعد من وعده وسقط الوعد . وهذا هو الحكم أيضاً فيما لو أظهر الموعود له رغبته في البيع ولكن بعد انقضاء المدة المحددة ، أو أعلن عدم رغبته في البيع حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، ففي جميع هذه الفروض يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد على الوجه الذي بيناه في الوعد بالبيع (٢) .

(١) وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، وأبدى الموعود له رغبته في البيع ، كان الواعد بالشراء مخيراً بين أن يشتري مع انقاص الثمن أو أن يمنع عن الشراء . بتاتاً لتفريق الصفقة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨١) .

(٢) ويمكن أن نتصور في الوعد بالشراء وعداً بالتفضيل كما في الوعد بالبيع . ويتحقق ذلك لو أن تاجر التجزئة مثلاً تعهد لتاجر الجملة أنه في حالة احتياجه لسعة معينة يستورد منها =

ج - الوعد بالبيع والشراء

٣٧ - التمييز بين الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد والوعد

بالبيع والشراء من الجانبين : قلنا أنه يجب أن نميز هنا بين حالتين :

أولاً - الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد . وفي هذه الحالة يوجد عقدان يقعان على شيء واحد وبين نفس الطرفين . العقد الأول هو وعد بالبيع من صاحب الشيء يرتبط به نحو الموعود له فيما إذا أظهر هذا رغبته في شراء الشيء . والعقد الثاني هو وعد بالشراء يرتبط به الموعود له في العقد الأول بأن يشتري الشيء إذا أظهر صاحبه - وهو الواعد في العقد الأول - رغبته في بيعه . ومن ثم يوجد عقدان ، وعد بالبيع من جانب واحد ووعد بالشراء من جانب واحد ، وقد وقع العقدان على نفس الشيء وتما بين نفس الطرفين (١) .

ثانياً - الوعد بالبيع والشراء من الجانبين . وفي هذه الحالة يوجد عقد

= بالأمثلة على سواه . فيكون تاجر التجزئة ملتزماً ، في حالة احتياجه لشراء السلعة ، أن يحرص على تاجر الجملة شراءه أولاً ، فإن قبل هذا توريد السلعة تم البيع النهائي . وليس تاجر الجملة في هذه الحالة ملتزماً بتوريد السلعة ، فهو الموعود له ولم يلتزم بشيء ، والملتزم هو تاجر التجزئة إذا احتاج إلى شراء السلعة . فإذا لم يهتم تاجر التجزئة بالتزامه ، كان مستولاً نحو تاجر الجملة من تعويض يكون عادة هو الربح الذي كان يجب تاجر الجملة لو أنه ورد السلعة إلى تاجر التجزئة .

وشبهه بثلث أن يتعهد المؤلف لناشر أن يكون الناشر الأفضل في نشر مؤلفه ، لو في لغة طبعه التالية منه ، بالشروط المتفق عليها ، فيما إذا اعتزم إصدار المؤلف مؤلفه . فيكون المؤلف هو الملتزم إذا اعتزم إصدار مؤلفه ، أن يحرص التزام النشر على الناشر أولاً ، فإذا قبل هذا تم عقد النشر النهائي .

ومثل ذلك أيضاً أن تتعهد مدرسة أو مستشفى باستيراد ما عسى أن يلزم من أثاث أو طعام من تاجر معين بالأمثلة على غيره .

(١) نظرية العقد للمؤلف من ٢٦٣ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٧ ص ٩٢ ص ٩٣ . وقارن الأستاذ عبد المنعم لبيدراوى فقرة ٨٧ ص ١٣١ - الأستاذ جميل الشراويز فقرة ٣١ ص ٧٠ - ص ٧١ .

واحد ، التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئاً والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه ، فتم البيع بينهما ملزماً للجانبين على هذا النحو .

٣٨ - الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد : يفرض أن صاحب

الدار يريد أن يحصل على وعد بشرائها إذا أظهر رغبته في البيع ، وكان إظهار هذه الرغبة متوقفاً على أن يعثر على أرض صالحة يشتريها بدلاً من الدار . فتقدم له شخص وعقد معه وعداً بالشراء ، التزم بموجبه أن يشتري الدار بمبلغ معين إذا أظهر صاحب الدار في مدة محددة رغبته أن يبيعها منه . فهنا تم بين الطرفين عقد وعد بالشراء ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم . ونفرض في الوقت ذاته أن الواعد بالشراء يتوقع ظروفاً إذا وقعت تجعل شراءه للدار أمراً هاماً ، كأن ينتقل إلى المدينة التى فيها الدار فينخذ الدار سكناً له . فيحصل من صاحب الدار على وعد بيع الدار لياه إذا أظهر في مدة محددة رغبته في شرائها . فهنا أيضاً تم عقد وعد بالبيع بين نفس الطرفين بالنسبة إلى نفس الدار . وفى هذا الوعد بالبيع الواعد هو صاحب الدار ، وهو الملتزم وحده بهذا الوعد على النحو الذى قدمناه في الوعد بالبيع . أما في الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود له بالبيع ، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد . في مثل هذه الحالة يكون هناك وعد بالبيع من جانب واحد ، يقترن به وعد بالشراء من جانب واحد .

قد يعترض بأن الطرفين في هذه الحالة إنما يتعاقدان على وعد بالبيع وبالشراء ، وأن الوعد بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار ، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها ، فيكون الوعد بالبيع وبالشراء ملزماً للجانبين ، هذا بالشراء وذاك بالبيع ، ويكون في حقيقته بيعاً نهائياً أبرمه الطرفان . ولكن هذا الاعتراض لا أساس له ، لأن الطرفين لم يريداً هذا الوضع ، وإنما أرادا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار إذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب لهذا الشراء ، وأن يلتزم الآخر بشرائها إذا أراد الأول بيعها وتوافرت عنده الأسباب لهذا البيع . والفرق بين الوضعين كبير . والدليل على ذلك أنه في الوضع الذى نحن فيه - الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد - قد لا يتم البيع النهائي أصلاً ، وبكفى لذلك ألا تتوافر الأسباب عند

الطرف الأول لبيع الدار ، ألا يجد الأرض الصالحة التي يشتريها لتحل محل الدار ، فلا يظهر رغبته في البيع في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالشراء وفي الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار ، ألا ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار ، فلا يظهر رغبته في الشراء في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع . فإذا ما سقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فإن البيع النهائي لن يتم ، ويكون كل من الوعدين قد أدى الغرض الذي أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الغرض . وهذا الوضع يختلف تماماً عن وضع الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين ، كما سنرى .

ومن ذلك يتبين أنه إذا عقد كل من الطرفين مع الطرف الآخر وعدا بالبيع ملزماً لجانب واحد ووعدا بالشراء ملزماً لجانب واحد ، أخذ كل وعد من هذين الوعدين حكمه فالوعد بالبيع ينقذ على الوجه الذي سبق أن قررناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة صاحب الدار بأن يبيعها من الموعد له وإذا رغب هذا في شرائها . فإذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء تم البيع النهائي وأصبح الموعد له مشترياً للدار ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في الميعاد المحدد سقط الوعد بالبيع . والوعد بالشراء ينقذ أيضاً على الوجه الذي بيناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة الواعد بالشراء بأن يشتريها إذا رغب صاحب الدار في بيعها . فإذا أظهر هذا رغبته في البيع في الميعاد - وقد يكون نفس الميعاد المتفق عليه في الوعد بالبيع كما قد يكون أطول منه أو أقصر - تم البيع النهائي ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في البيع في الميعاد المحدد سقط الوعد بالشراء . فالبيع النهائي يتم إذن في أحد فرضين : إما بأن يظهر - ب الدار رغبته في بيع الدار ، وإما بأن يظهر الطرف الآخر رغبته في شرائها . فإذا لم يظهر هذا رغبته في الشراء ، ولم يظهر ذاك رغبته في البيع ، فإن البيع النهائي لن يتم كما سبق القول .

٣٩ - الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين : قدمنا أن الوضع

في الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين يختلف عن الوضع السابق في الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد . ففي الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين - وهذا

هو العقد الابتدائي كما سنرى - يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه (١). فعندنا هنا عقد واحد ملزم للجانبين، أما في الوضع السابق فيوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد. ولما لا بد أن يتم البيع، بل هو قد تم فعلا فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها فتم البيع ملزماً للجانبين (٢)، أما في الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلاً كما قلنا.

يبقى إذن أن نعرف لماذا لجأ الطرفان في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين إلى عبارة الوعد وهما في الحقيقة يبرمان بيعاً تاماً؟ السبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملية محضة، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام، وسمياهما بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي. فقد يريد المشتري، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها، فإذا ما رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي، وإلا طلب الفسخ (٣). وقد يريد المشتري، بعد إبرام الوعد على النحو الذي قررناه، أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن، حتى إذا ما دبره أبرم البيع النهائي. وقد يكون الأمر لا هذا ولا ذاك، ولكن تسجيل البيع يفضي لإجراءات تستغرق مدة من الزمن - وبخاصة إذا كان أحد الطرفين قاصراً حيث يضاف إلى إجراءات التسجيل إجراءات الحصول على إذن من المحكمة - ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي هو هذا الوعد، وذلك إلى أن تتم الإجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائي.

فالوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين هو إذن بيع تام، ترتب عليه كل

(١) ولو ضمنا (استئناف مخطط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٠).

(٢) استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥.

(٣) ويلجأ المشتري عادة إلى الكشف عن حالة العقار في مصلحة الشهر العقاري، كما يصد إلى تحقيق مستندات ملكية البائع ليسمح حتى يتثبت من أنه مالك لما يبيع (استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٩٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٦).

الآثار التي تترتب على البيع (١). وسنرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في البيع الابتدائي ، لأن هذا الوعد ليس إلا بيعاً ابتدائياً كما قدما . وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٥٨٩ من التفتين المدني الفرنسي ، إذ تقول : « الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن » (٢) . وقد اختلف الفقه في فرنسا في تفسير هذا النص ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يفسرونه بحسب معناه الظاهر ، وهو أنه إذا وعد شخص آخر بالبيع ووعد الآخر الأول بالشراء ، وانفقا على المبيع والثمن ، فهذا هو البيع الكامل . ويستوى أن يبيع الشخص أو أن يعد بالشراء ، وعبرة « الوعد » مادامت منجزة وصادرة من الطرفين لتلزم كلا منهما في الحال لا تختلف عن عبارة « البيع والشراء » (٣) . وإذا كان التفتين المدني الفرنسي قد عني بابرار هذا المعنى الواضح في نص خاص ، فإن ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تتصل بالقانون الفرنسي القديم (٤) .

(١) وإذا امتنع البائع عن تمكين المشتري من التسجيل ، جاز للمشتري إجباره على ذلك برفع دعوى صحة التعاقد (استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) .

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسي للنص: Art. 1589 C.C.F: La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

(٣) لوران ٢٤ - فترة ٢١ - جيوار ١ - فترة ٧٧ - لاروميير ١ م ١١٣٨ - فترة ١١ - كولييه دي سانتير ٧ - فترة ١٠ - مكررة ثانياً - أوبري ورو ٤ - فترة ٣٤٩ - هاش رقم ٧ - بودري وسينيا فترة ٦٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ - فترة ١٧٥ - كولان دكايتان ٢ - فترة ٨٢٤ . أنظر عكس ذلك: تولىيه ٩ - فترة ٩٢ - ترولون في البيع فترة ١٢٥ - ماركاديه ٦ م ١٥٨٩ - فترة ٥ - فترة ٦ .

وأنظر بلانيول (فترة ١٤٠٠) حيث ينهب إلى أن المادة ١٥٨٩ فرنسي إنما تعني الوعد بالبيع الملزم لطالب واحد، وأنه يتحول إلى بيع كامل إذا تم الاتفاق نهائياً على المبيع والثمن ورضى المشتري بالشراء ، فيتم الاتفاق عندئذ على جميع عناصر البيع .

(٤) ذلك أن البيع في القانون الفرنسي القديم كان لا ينتقل الملكية بحكم العقد كما قدما ، والتسليم هو الذي كان ينتقلها . ثم ألف الناس في التعامل أن يذكروا في عقود البيع أن التسليم قد تم (clause de dessaisine saisine) ، تنتقل الملكية بهذا التسليم لا بالعقد . ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة في عقود البيع ، ولم يتم التسليم بالفعل ، ذكرت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم الصوري . هذا كله كان يقع في عهد البيع . أما إذا استعمل المتبايعان عبارة الوعد ، فوعد البائع بالبيع ووعد المشتري بالشراء ، فلم يكن مألوفاً في التعامل أن يمتد شرط التسليم الصوري إلى هذا الوعد . فبقى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين لا ينتقل به

ثانياً - البيع الابتدائي

٤٠ - صور نموت للبيع الاجبرائى : قدمنا (١) أنه يمكن أن نتصور

مرحلة ابتدائية فى البيع فى إحدى الصور الثلاث الآتية :

أولاً - يتفق الطرفان على مشروع كامل لعقد البيع ، ولكنهما لا يلتزمان فوراً بهذا المشروع ، فيبقى مشروعاً غير ملزم . ثم يحولان المشروع إلى عقد بيع ملزم فى صورة نهائية ، فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية . وعند ذلك يكون هناك بيع ابتدائى هو هذا المشروع غير الملزم ، يتلوه بيع نهائى هو عقد البيع الملزم الذى أبرماه بعد ذلك . وغنى عن البيان أن هذه الصورة لا تبرز خصائص البيع الابتدائى ولا خصائص البيع النهائى . فالمشروع الذى سماه الطرفان بالبيع الابتدائى غير ملزم لأحد كما قدمنا ، ولا يستطيع أى من الطرفين أن يجبر الآخر بموجب هذا المشروع على إبرام البيع النهائى . ومن ثم يحسن عدم الوقوف عند هذه الصورة وعدم تسمية المشروع بيعاً ابتدائياً ، فهو ليس ببيع أصلاً لأنه مشروع غير ملزم . كذلك يحسن عدم تسمية البيع إذا أبرم تنفيذاً للمشروع بالبيع النهائى ، إذ لم يتقدمه بيع ابتدائى يجعله هو نهائياً ، بل تقدمه مشروع غير ملزم ، فهو بيع فحسب . وإنما يتميز عن غيره من البيوع بأنه قد سبقته مفاوضات ومساومات انتهت إلى مشروع محدد ، ثم أبرم البيع بعد ذلك دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع ، فلهما أن يغيرا فيه ما شاءا ، بل لهما أن يعدلا عنه بتاتاً ولا يبرما البيع .

= الملكية ، لا بنفسه لأن العقد كان لا ينقل الملكية ، ولا يحكم شرط التسليم الصورى لأن هذا الشرط لم يكن مألوفاً إدراجاً فى هذه الصورة من البيع . فلما أصبح العقد ينقل الملكية بنفسه فى التقنين المدق الفرنسى ، لم يعد هناك فرق بين البيع والوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فالمدق فى الحالين ينقل الملكية دون حاجة إلى شرط التسليم . فأراد المشرع الفرنسى أن يبرز هذا المعنى ، فأورد نص المادة ١٥٨٩ ليقرر فيه أن الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والتمن ، ويقصد أن الوعد يعدل البيع من حيث إن كلا منهما ينقل الملك إلى المشتري ، خلافاً لقانون الفرنسى القديم حيث كان الوعد لا ينقل الملك (أنظر فى ذلك وفى الأعمال التحفظية للتقنين المدق الفرنسى - رودرى وسبينا - فقرة ٦٠) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٢ .

ثانياً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد ، فلا يتقيد صاحب الدار ببيعها إلا إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، ولا يتقيد الطرف الآخر بالشراء إلا إذا أظهر صاحب الدار رغبته في البيع . فإذا رغب الموعود له في البيع أو في الشراء ، تم البيع النهائي على الوجه الذي قدمناه في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد . وعنا يمكن القول إن هناك عقد بيع نهائي هو البيع الذي تم باظهار صاحب الدار رغبته في البيع ، أو باظهار الطرف الآخر رغبته في الشراء . ولكن لا يمكن القول إن هذا البيع النهائي قد سبقه بيع ابتدائي ، وإنما سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

ثالثاً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين ، وهذه هي الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائي (١) . ويتلو هذا البيع الابتدائي بيع نهائي ، يرم في ميعاد محدد يتفق عليه (٢) . وقد سبق أن استعرضنا الاعتبارات العملية المختلفة التي تدعو إلى إبرام البيع على مرحلتين ، مرحلة ابتدائية ومرحلة نهائية (٣) .

والفرق واضح بين هذه الصورة الأخيرة والصورتين السابقتين . ففي إحدى الصورتين السابقتين قد رأينا أنه لا يوجد في الواقع من الأمر بيع ابتدائي وبيع نهائي ، وإنما يوجد بيع واحد هو الذي أبرمه الطرفان تنفيذاً للمشروع الذي أعد من قبل . والصورة الأخرى ليست إلا صورة الوعد بالبيع وبالشراء

- (١) وقد اقتصرنا على هذه الصورة في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في الوعد بالتعاقد ، فحملنا الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد الابتدائي شيئاً واحداً (الوسيط ، ص ١٢ - فقرة ١٣٩) . ولم نشر هناك إلى الوعد بالتعاقد الصادر من كل الطرفين والملزم لجانب واحد ، وذلك لتعددته في العمل . وقد اتسع له المقام عند الكلام في البيع ، لأنه إذا تحقق عملياً فإنما يتحقق في صورة وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .
- (٢) أما البيع الذي اشترط البائع تمامه دفع الثمن كاملاً أو دفع قسط منه فيجب ألا يكون بيعاً ابتدائياً ، بل هو بيع معلق على شرط واقف (قانون المشتريات بمحظوظ ١٩ مارس سنة ١٩١٢ م ص ٢٥ - ٢٣٥) .
- (٣) من بين هذه الاعتبارات توفير الوقت اللازم للمشتري للبحث عن حالة التقارب المبيع ، أو التثبت من مستندات ملكية البائع ، أو تدوير الثمن ، أو الانتهاء من إجراءات التسجيل (أنظر أيضاً فقرة ٢٩) .

للملزم لجانب واحد . أما الصورة الثالثة ، صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فهذه هي الصورة الصحيحة للبيع الابتدائي .

فتقف إذن عند هذه الصورة الأخيرة لفصل ما يتعلق بها من الأحكام ، وننبه منذ الآن إلى أننا إذا أطلقنا عبارة « البيع الابتدائي » ، فإنما نريد هذه الصورة دون غيرها .

٤١ - البيع الابتدائي في صورة العملية الصحيحة : قلنا إن الطرفين يعتقدان بيعاً ابتدائياً (١) ، ويحددان ميعاداً يتفقان عليه لإبرام البيع النهائي مكتوباً في ورقة عرفية أو في ورقة رسمية (٢) . فنتظر الآن في الآثار التي تترتب على هذا البيع الابتدائي ، ثم ننظر ماذا يكون مصير هذا البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي .

٤٢ - الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي : إذا كان البيع الابتدائي يعتقد صحيحاً بنفس الأركان وشروط الصحة التي يعتقد بها البيع صحيحاً ، فإنه أيضاً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع (٣) . فالبايع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٤) ، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . والمشتري قد التزم بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . وأهم ما يسترعى النظر في العقد الابتدائي - وهذا ما يميزه عن

-
- (١) أنظر استئناف مخطوط ٦ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣ .
- (٢) وينبغي أن يصاغ البيع الابتدائي بحيث يلتزم فيه البائع أن يبيع والمشتري أن يشتري ، دون أن يذكر فيه لفظ « الوعد » ، شأن البيع الابتدائي في ذلك شأن البيع النهائي . وهذا يدل على أن المتبايعين قصدوا بالبيع الابتدائي بيعاً كاملاً باتاً متجاً لجميع آثاره .
- (٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أخذاً بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراعى في تحريرها الأوصاف التي تطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتاً ، متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد أرم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ، رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .
- (٤) استئناف مخطوط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٤ .

عقد البيع بوجه عام - أن كل هذه الالتزامات لا يقصد تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحوير العقد النهائي . إذ المفروض أن المتبايعين ، بتسميتهما العقد بيعاً ابتدائياً ، إنما أرادا أن البائع لا يطالب ، بالثمن - قبل عدا ما قد يتفق عليه من عربون - حتى يحصر البيع النهائي ، وأن المشتري لا يطالب بتسليم المبيع ولا بربعه حتى هذا الوقت . ويزيد البيع الابتدائي في آثاره أنه ينشئ التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الميعاد المتفق عليه (١) .

ويترتب على ما قدمناه نتيجةتان عمليتان هامتان :

(الأولى) لما كان البيع الابتدائي ينشئ كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه وتستحق من وقت صدوره . فإذا بيع عقار يربو ابتدائياً ، وكان لهذا العقار شفع ، استطاع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور البيع الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (٢) .

(والثانية) لما كان البيع الابتدائي ينشئ - إلى جانب الالتزامات التي ينشئها البيع عادة - التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في خلال مدة معينة ، وهذا الالتزام هو التزام بعمل ، فإنه إذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر (٣) .

(١) وقد كان من الممكن أن يكيف البيع الابتدائي بأنه سقد يقتصر على إبرام كل من الطرفين أن يبرم البيع النهائي في ميعاد معين ، فهو ينشئ في ذمة كل منهما التزاماً بعين (obligation de faire) لا التزاماً بأداء (obligation de donner) . فإذا امتنع أحد من إبرام البيع النهائي ، استصدر الآخر حكماً يقوم مقام هذا البيع ، على النحو الذي رأيناه في التوبة بالبيع المحرم لجانب واحد (أنظر بيان ١١ فقرة ٣٢) . ومتفق على التكييف أنه لا تجوز الشفعة في البيع الابتدائي ، ولكن القضاء المصري قد استقر على جواز الشفعة فيه ، ومن ثم يكون التكييف الذي نقول في المتن موافقاً مع القضاء المصري .

(٢) استئناف بمحلف ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٤ .

(٣) ومن المبررات أن يجد المشتري العقار المبيع شفعاً محتجباً يحسب له ثمنه إضافة إلى ثمن البيع الابتدائي ، فيحق للمشتري في هذه الحالة الامتناع عن إبرام البيع النهائي وفسخ البيع الابتدائي . وقد قضت محكمة الاستئناف المنظمة بأن المشتري أن يمتنع من تحوير العقد النهائي وعن دفع الثمن إذا تبين له أثناء الأجل أن المبيع مثقل بمقروض عينية لم يخطره بها "بائع" (٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ٤٧ ص ١٤٣ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ٤٨ ص ١٤٤) . وقضت أيضاً بأن المشتري يمتنع من البيع الابتدائي إذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم مستندات الملكية (٤ يناير سنة ١٩٠٤ م ٤٧ ص ٩٢) .

عن القيام بالتزامه من إبرام هذا العقد ، جاز للطرف الآخر إجباره على القيام بهذا الالتزام . والسبيل إلى ذلك هو أن يستصدر حكماً ضده بوقوع البيع أو بصحة التعاقد ، وهذا الحكم تقوم مقام العقد النهائي ، وإذا كان المبيع عقاراً سجل هذا الحكم فتنقل ملكية العقار إلى المشتري بتسجيله (١)

٤٣ - مصير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي : قدمنا أن كلام الطرفين ملزم بإبرام البيع النهائي ، وأنه يجبر على ذلك باستصدار حكم ضده ، فما هو مصير البيع الابتدائي بعد إبرام البيع النهائي ؟ ينسخ البيع النهائي البيع الابتدائي ويحل محله ، فلا يبقى إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين (٢) . ويمكن القول إن إبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقايل (٣) من البيع الابتدائي ، فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن ، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي . وما يترتب على ذلك من النتائج ما يأتي

١ - تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي ، لأنه هو البيع الوحيد القائم ما بين الطرفين ، ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي فهذا بيع قد نسخ كما قدمنا (٤) .

(١) وليس هذا إلا تطبيقاً للمادة ٢١٠ مدني إذ تقول : " في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام " .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند وجود بيع رسمي اتفق فيه الطرفان نهائياً على شروط البيع ، يجب أن تزول جميع الاتفاقات والعقود التي سبقت هذا البيع النهائي . فإذا استحدث البيع النهائي تعديلاً في الشروط التي كانت مذكورة في البيع الابتدائي أوفى دفتر العطاء ، فالعبرة بالشروط المعدلة التي استقرت في البيع النهائي (١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦١) . ومع ذلك يمكن الاعتداد بالبيع الابتدائي في تفسير ما غرض من الشروط في البيع النهائي ، على أن يكون ذلك مجرد تفسير لا يتحدث حديثاً في شروط البيع النهائي ولا يتعارض في شيء مع هذه الشروط (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١١٦) فإذا كان العقد الابتدائي منصوباً فيه على أن المبيع هو قطعة أرض مقام عليها منزل . ولم يذكر العقد النهائي هذا المأزل على وجه التعمين ، جاز استخلاص اشتغال المبيع على المأزل أيضاً من مراجعة العقد الابتدائي (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٤ ص ٤٧٢) .

(٣) أما إذا كانت شروط البيع النهائي هي نفس شروط البيع الابتدائي ، فإن البيع النهائي يكون بمثابة تثبيت البيع الابتدائي (قارب بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٧٤) .

(٤) وترتب على ذلك أن البيع إذا كان واقعاً على عقار ملوئاً لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فتزوير ما إذا كان الثمن يزيد على الخمس (م ٢٥ / ٢ مدني) يكون وقت صدور البيع النهائي لا وقت صدور البيع الابتدائي .

٢ - يجوز أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي ، ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين . فيجوز أن يتفقا على تعديل في مقدار الشيء المبيع ، أو تعديل في الثمن ، أو تعديل في سائر شروط البيع الابتدائي ، ولا قيد عليهما في ذلك إلا وجوب اتفاقهما عليه (١) . فإذا امتنع أى منهما عن قبول تعديل في شروط البيع الابتدائي ، التزم الآخر بهذه الشروط دون تعديل ، ووجب عليه إتمام البيع النهائي بالشروط نفسها التي تم بها البيع الابتدائي .

٣ - إذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائي مكتوباً في ورقة رسمية ، فإن البيع يكون رسمياً حتى لو كان البيع الابتدائي مكتوباً في ورقة عرفية أو غير مكتوب أصلاً . ومن ثم يستطيع البائع أن ينفذ بالتسليم بموجب الورقة الرسمية التي حررت بالبيع النهائي ، كما يستطيع المشتري أن ينفذ بتسليم المبيع بموجب هذه الورقة (٢) .

٤ - إذا كان البيع الابتدائي قد نسخ كما قدمنا بأثر رجعي ، فإن هذا النسخ لا يجوز أن يمس حقوق الغير . فإذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائماً وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . وإذا كان المشتري بعقد ابتدائي قد آجر العين إلى اشتراها ، بقي ملتزماً بهذا

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة بحرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي ، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه هذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٣ . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ . استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ : ذكرت ملحقات للأرض في البيع الابتدائي ولكنها لم تذكر في البيع النهائي) . انظر أيضاً الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٥ ص ١٠٩ - استئناف غضايط ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ . وإذا فلا البيع النهائي من الشرط الجزائي لوارده في البيع الابتدائي ، دل ذلك على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام انقض ٩ رقم ٥ ص ١٢) .

(٢) ومن وقت إبرام البيع النهائي ، يستطيع البائع أن يطالب المشتري بالتسليم إذا كان معجلاً ، بل وإن امتنع عن إبرام البيع النهائي إذا لم يقبض الثمن في مجلس انعقد . وكذلك يستطيع المشتري من هذا الوقت أيضاً أن يطالب البائع بتسليم المبيع ويرديه ، وهذا ما لم يكن هناك عرمان آخر متفق عليه للتخليع ولا اشتراط الرجوع ، أو ما لم يوجد نص في القانون يقتضي بغيره .

الإيجار حتى بعد إيداع البيع الابتدائي بالبيع النهائي . وإذا كان المشتري قد تصرف في المبيع ، بنى أيضاً ملزماً بهذا التصرف ، حتى بعد إبرام البيع النهائي .

٥ - ويبدو أن الشفيع إذا غاته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، جاز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي وفي عراعيد هذا البيع . ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن زل عنها أو ترك المواعيد نفوت ، لم يستطيع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي ، إلا إذا اختلفت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا أنقص الثمن . وذلك أن الشفيع إذا كان قد زل عن حقه في أخذ المبيع بالشفعة بشمن معين ، فإن هذا لا يستلزم حتماً أنه قد زل عن حقه في أخذ هذا المبيع بالشفعة بشمن أقل .

ثالثاً - البيع بالعربون

٤٤ - الصورة العمالية للبيع بالعربون : أكثر ما يقع الاتفاق على العربون (arrhes) في البيع الابتدائي في الصورة التي بسطنا أحكامها فيما تقدم . فيبرم المتعاقدان بيعاً ابتدائياً ، ويحددان ميعاداً لإبرام البيع النهائي ، ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع . فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد ، ففسخ العربون الذي دفعه للبائع ، وصقط البيع الابتدائي . وإذا كان الذي امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع ، ترتب على امتناعه نفس الجزاء المتقدم ، فيسقط البيع الابتدائي ، ويخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون الذي أخذه منه ومعه مثله .

٤٥ - أحكام البيع بالعربون : وقد ورد نص في التماثل بالعربون بوجه عام ، فقد نصت المادة ١٠٣ من التقنين المدني على أن ١ - دفع العربون يثبت إبرام العقد . يجب أن لا يبرم المتعاقدان إلا في العاقل منه ، إلا إذا اتفقا على خلاف ذلك . ٢ - فإذا عمل من دفع العربون نقداً ، وإذا عمل من أخذه رد نقداً ، ولما ولو لم يترتب على العاقل أى ضرر (١) ، وتنتوي

(١) أنظر في تاريخ هذا النص الوسيط جزء أول فقرة ١٢٠ في الحاشي .

الآن تطبيق هذا النص على عقد البيع بالذات ، بعد أن شرحناه فيما يتعلق بالتعاقد بوجه عام (١) .

والذى يقع عادة هو أن يعطى المشتري للبائع مبلغاً من النقود يسميه عربوناً ، ويعتبره مبدئياً جزءاً من الثمن . ويكون لدفع العربون على هذا الوجه إحدى دالتين : فاما أن يكون غرض المتبايعين حفظ الحق لكل منهما في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر ، وإما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون فلا يكون لأحد من المتبايعين حق العدول عن البيع .

ولم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يغلب إحدى هاتين الدالتين على الأخرى عند الشك ، فكان القضاء المصرى يتردد بينهما ويفسر لية المتبايعين بحسب العرف الجارى . والعرف في مصر يجعل دلالة العربون في البيع الابتدائى جواز العدول ، وفي البيع النهائى التأكيد والبت (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ - فقرة ١٤٢ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤١ - وقد قضت محكمة النقض بأن العربون ما يقدمه أحد المتعاقدين إل الآخر عند إنشاء العقد . وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعل عقدها مبرماً بينهما على وجه هائى ، وقد يريدان أن يجعل لكل منهما الحق في انشاء العقد أو نقضه . ولية المتعاقدين هى وحدها التى يجب التعميل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه اعتدت على تمامه ، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ما هو فى الواقع إلا قيمة التعويض الذى تنفعا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين فى الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين من هذا النحر تفسيراً للعقد تحتله عباراته ، فذلك يدخل فى سلطاتها التقديرية التى لا تخضع فيها رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون فى العقد الابتدائى دليل على جواز العدول ، وفى العقد النهائى دليل على البت (٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٩ ص ٦٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩٠ ص ١٣٦) . وهناك أحكام تقضى بأن العربون فى حالة الشك يدل على جواز العدول (استئناف مصر =

ثم جاء التفتين المدنى الجديد بالنص الذى قدمناه - م ١٠٣ مدنى - يقيم
قربة قانونية تقبل إثبات العكس . وتقضى هذه القربة بأن الأصل فى دفع
العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة
أو ضمناً أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء فى تنفيذ العقد . وقد قدمنا
أن العربون لابدفعه المشتري عادة للبائع إلا عند توقيع البيع الابتدائى ، أما عند
توقيع البيع النهائى فالذى يدفع هو الثمن إذا كان معجلاً أو قسط منه إذا كان
مقسطاً أو لا يدفع منه شيء أصلاً إذا كان مؤجلاً . فنقتصر على الصورة العملية
التي يدفع فيها المشتري العربون للبائع عند توقيع العقد الابتدائى .

فاذا لم يبين من العقد الابتدائى ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون ،
فهناك قربة قانونية كما قدمنا على أن العربون يراد به أن يكون لكل من المتبايعين

= ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - انقضاء المستجل ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠
الحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ١١١ - استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ -
٣١ مارس ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) . أحكام تقضى على العكس من ذلك بأن العربون فى حالة
الشك يكون دليلاً على البتات ويكون بمثابة شرط جزائى (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٢
الحاماة ، رقم ١٢٢/٣ ص ٤٨٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٧/١٣٢ ص ٢٩٢)
وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز
العدول عنه ، ترك لتفسير نية المتعاقدين (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢٥ مايو
سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين ،
لم يحرم العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يمين وقت لجواز العدول ، جاز العدول إلى وقت
التنفيذ . ولا يجوز إساءة استعمال الحق فى العدول ، فالبايع الذى أظهر نيته فى أن يمس فى العقد
دون استعمال حقه فى العدول ، وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على
إتمامها ، ثم عدل بعد ذلك فجأة ، لا يقتصر على خسارة العربون ، بل يجب أيضاً أن يدفع
تعويضاً لإساءة استعمال حقه فى العدول (٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق
الإشارة إليه) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه وإن كان لكل من الطرفين حق الخيار
فى الرجوع مع خسارة قيمة العربون ، إلا أنه لا يجوز التماضى فى ذلك الحق إلى أجل غير محدود ،
فإن كان المتعاقدان قد حددوا ميعاداً لنقض البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق إلا لغاية
الأجل المخصوص بحيث إذا انقضى الميعاد سقط حقهما فى النقص . فإن لم يكن ثمة ميعاد فيدوم
خيار النقص ، إما إلى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البائع البيع للمشتري أو دفع المشتري للبائع
أقسماً من الثمن ، وإما إلى أن يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق
أو إبداء رغبته فى نقضه مقابل خسارة العربون ، حتى لا يبقى التعاقد ملغياً إلى أجل غير مسمى
(٨ فبراير سنة ١٩٤٨ المأمورة الرسمية ٤٠ رقم ١١٤) .

حق الرجوع في البيع وعدم إبرام البيع التام . وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع في البيع . فيخسر العربون الذي دفعه إلى البائع ولا يسترده منه في نظير هذا الرجوع (١) . ولا يعتبر العربون تعويضاً عن ضرر أصاب البائع ، بل هو جزاء حتمي يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر حتى لو لم يترب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص .

كذلك يستطيع البائع أن يرجع في البيع ، ويكون الجزاء على هذا العدول هو كما قدمنا أن يدفع للمشتري قيمة العربون ، فيرد له أولاً العربون الذي أخذه منه ثم مقدراً معادلاً له هو الذي يستحقه المشتري فوق استرداده لما دفعه وهذه القرينة القانونية التي استحدثها التقنين الجديد تسرى من وقت العمل بهذا التقنين ، فلا يعمل بها إلا في عقود البيع التي تمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وقد يبين البيع الابتدائي دلالة العربون . فاذا بينها على أنها لجواز العدول عن البيع ، كان الحكم الذي قدمناه . وإذا بينها على أنها للبت والتأكيد ، لم يجوز لأى من المتبايعين الرجوع في البيع ، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن ، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بإبرام البيع التام (٢) .

(١) وهذا على أن يكون رجوعه في المدة المتفق عليها إذا حدثت مدة الرجوع ، فإذا انقضت هذه المدة سقط حق الرجوع وتأكد العقد ، وأصبح العربون جزءاً من الثمن . أما إذا لم تحد مدة الرجوع ، فتمسرى الرجوع في أى وقت إلى يوم التنفيذ ، وجزاء رجوعه هو خسارة العربون كما قدمنا (استئناف مغلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - ٨ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٩) . على أن المشتري ، حتى و خلال المدة التي يجوز له الرجوع فيها ، إذا أظهر نيته في إضفاء العقد وتنفيذه ، اعتبر أنه قد أساء استعمال حقه في الرجوع إذا رجع بعد ذلك . وكان مستولاً عن تعويض فوق خسارته للعربون (استئناف مغلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) ويعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمال . ونجرب على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد ، ترتب على الفسخ تعويض فليس من الضروري أن يقدر التعويض بمقدار العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامه الضرر (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدى الجديد يشمل على نص هو المادة ١٥٣ من هذا

وقد بين البيع الابتدائي أن للعربون دلالة العدول بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر . فيجمل للبائع وحده الحق إما في إلزام المشتري بإبرام البيع النهائي ، وإما في الانقصار على أخذ العربون مع إسقاط البيع . وكذلك قد يجعل البيع الابتدائي هذا الحق للمشتري وحده ، فيجوز له إما إلزام البائع بإبرام البيع النهائي وإما الانقصار على استرداد العربون ومقدار مثله .

٤٦ - التكييف القانوني للعربونه : قدمنا أنه إذا كانت دلالة العربون

جواز الرجوع في البيع ، فإن العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر . ولكن هذا الالتزام ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن النص صريح في أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر . فالعربون إذن معناه في نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادا إثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون ، فجعلنا العربون مقابلاً لحق الرجوع . ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته ، كما لا يجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر ، مالم يكن هناك تعسف في استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع في ذاته . ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى إذا تبين أنه ليس هناك أى ضرر ، كما سبق القول .

فالعربون إذن هو مقابل للرجوع في البيع ، أى بدل عن هذا الرجوع .

= الم شروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : ١ - إذا نفذ الالتزام الذي من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ - ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسؤولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد خطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٢ في الماش) . وبديهي أنه إذا تقرر تنفيذ البيع الذي دفع فيه العربون فأصبح العربون تنفيذاً جزئياً لهذا البيع ، ثم طرأ بعد ذلك ما جعل البيع يستحيل تنفيذه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ ويجب رد العربون . وكذلك يكون الحكم لو فسخ العقد خطأ من المتبايعين كليهما لم باتفاق بينهما ، فليس أحدهما أولى بالمسئولية من الآخر ، فيرد العربون لمن دفعه (بودوى وسينيا فقرة ٨٣) .

فيمكن تكيفه بأنه البدل في التزام بدلي . ويكون المدين - بالعا كان أو مشترياً - ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في البيع ودائماً في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل هذا الالتزام . ولكن تبرا ذلك من الالتزام - ويسقط بداهة الحق المقابل تبعاً لذلك - إذا هو أدى العربون (١) . ويترتب على ذلك أن العربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخاً له (٢) .

(١) وإذا كان العربون مقترناً بوعده بالبيع أو بالشراء ملازم لجانب واحد ، فهذا هو الالتزام البدلي المحض . إذ الرأى - وهو الذى دفع العربون - يلتزم بإبرام العقد التام إذ ظهرت رغبة الآخر فى إبرامه ، وله بدلا من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البدل (قارن سينايا فقرة ٨٨) . أنظر أيضاً محاضرات الأستاذ حسن الذنون فى نظرية العقد فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية فقرة ٢٦ ص ٢٣ ، وهو يتفق معنا فى هذا الرأى . ويعترض الأستاذ سليمان مرقس على تكيف العربون بأنه التزام بدلي بأن الالتزامات التى ينشأها البيع البات فى ذمة البائع ممتدة ولكل منها علة الخاص ، ويموز البائع فى البيع بالعربون أن يبرأ منها جيماً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو البيع بقيمة العربون ، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاماً بدلياً (البيع فقرة ٤٢ ص ٦٢) . ولا نرى ما يمنع من أن يكون الحل الأصل فى الالتزام البدلي محالاً ممتدة ، بينما يكون البدلي محالاً واحداً .

(٢) وفى الفقه الفرنسى يذهب بعض الفقهاء إلى أن البيع بالعربون بيع معلق على شرط فاسخ ، فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من المتبايعين فسخ البيع فيخسر العربون (كولىه دى سانتير ٧ فقرة ١١ مكررة تاسعاً وعاشراً - جيوار ١ فقرة ٢٣) . وينهب بعض آخر إلى أنه بيع معلق على شرط واقف ، فلا ينفذ إلا إذا انقضت المدة المحددة ولم يرجع أحد المتبايعين فى البيع ، ومن ثم يفت انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف ولكن إذا تحقق انتقلت بأثر رجعى ، وتكون تبعه هلاك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف على البائع من المشتري (بودرى وسينايا فقرة ٨٠ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٨ - سرران ٢ فقرة ١٠٦٨ - وقارن لانيول وويدير وهامل ١٠ فقرة ٢٠٩ ص ٢٤٦) . وسواء اعتبر البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فإنه يصعب تعيين مصدر الالتزام بنفع العربون مادام البيع يزول بأثر رجعى بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف .

أنظر فى معنى الشرط الواقف فى الفقه المصرى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٩٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٠٦ ص ١٦٠

وأنظر فى أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متبايعين ، أولها الاتفاق على البيع مقترناً بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتبايعين ، والثانى اتفاق على تعيين زمن لاستعمال الحق فى العود يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازى قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق الأخير بأن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٢ .

ويختلف العربون في كل ذلك عن الشرط الجزائي . فان الشرط الجزائي قسري ، اتفق على تقديره المتعاقدان ، عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد . ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أى ضرر ، وهذا كله بخلاف العربون (١) كما سبق القول . فالتكييف القانوني للشرط الجزائي هو

(١) ويرجع فيما إذا كان ما اتفق عليه المتعاقدان هو شرط جزائي أو عربون إلى نيتهما مستنطرة من ظروف الدعوى ووقائعها ، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتأخرين قصداً به أن يكون البيع بيعاً باناً منجزاً بشرط جزائي ولم يقصداً أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٣ - رقم ١ عمر ٩١ ص ١٦٣ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة مسر ٥ رقم ٥٢ ص ١٢٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وإذا كان ثابتاً أن كل ما دفعه المشتري ، سواء أكان للبائع أم لدائنيه المسجلين على العقار بيع ، إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يفسح عند اختيار الفسخ ، وأن المتأخرين قد نيتهم هذه بتصرفاتهما التالية العقد ، كان البيع باناً خالياً من خيار الفسخ (نقض مدني ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٢٣٠) .

وإذا كانت المحكمة لم تبين في أسباب حكمها في خصوص المبلغ المدفوع للبائع بموجب عقد البيع إن كان عربوناً فيفقده المشتري كغدية يتحلل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البائع أم أنه كان جزءاً من الثمن لا يحكم به للبائع كتمويض إلا متى ثبت خطأ المشتري وحاد ضرر بالبائع ، بل قررت أن المشتري قد فقد المبلغ الذي دفعه نتيجة تقصيره في إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربوناً أو جزءاً من الثمن ، دون أن تمحى دفاع المشتري ومؤداه أن عدوله عن إتمام الصفقة كان بسبب عيب غش في المنزل المبيع سلم له به البائع ، وبسببه اتفق وإياه على استعاضة وعرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، فإنه كان لازماً على المحكمة أن تعرض له وتفصل فيه ، وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشتري هو في حقيقته عربوناً أو جزءاً من الثمن لاختلاف الحكم في الحالتين ، وإذا هي لم تفعل يكون حكمها قد شاب فصور يطله ويستوجب نقضه (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٢ ص ٤٩٥) .

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتأخرين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باناً ، أو أنه عربون في بيع مضروب بخيار العدول ، إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاساً على أسباب سائمة (نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٦٩) . ومتى كان قد نص في عقد البيع صراحة على أن المشتري دفع عربوناً وحدد مقداره والحالة هي

نفس التكييف القانوني للتعويض ، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلي ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفلاً حقيقياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن (١) .

المطلب الثاني

التبائع بطريق النيابة

١٧ - جواز التبائع بطريق النيابة ونطيس القواعد العامة :
يجوز التبائع بطريق النيابة مباشر البيع نائب عن البائع ، أو مباشر الشراء نائب عن المشتري ، أو مباشر كلا من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشتري . فيتم البيع وفقاً للقواعد المقررة في النيابة في التعاقد ، وهي القواعد التي سبق بسطها في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

فتحل إرادة النائب عن البائع أو عن المشتري محل إرادة الأصل ، مع انصراف أثر هذه الإرادة - أي انصراف الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد البيع - إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . ويشترط لتحقيق ذلك أن محل إرادة النائب محل إرادة الأصل ، وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة ، وأن يكون التعامل باسم الأصل لا باسم النائب .

= التي تباع للمشتري استرداده وذلك التي تباع للبائع الاحتفاظ به ، كما حدد في العقد موعد الوفاء بهما الأمن وفرض استحقاقه ، فان تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوي خيار العدول هو تكييف سليم . ولا يبيح الحكم عدم تفرغه للعبارة التي غنم بها العقد من أنه " قد بيع نافذ المفعول " ، ما دامت هذه العبارة لا تعني أكثر من فناء العقد بشروطه ، ومن بينها أن حق المشتري في العدول من العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التي حددتها الطرفان لانتهاؤ خيار العدول (نقض مدني ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ و ص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٨٢ - فقرة ٩٧ .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في النيابة في التعاقد (١) .

والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها ، تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق كما في الولي والوصي والقيم والوكيل من النائب والحارس القضائي ، وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا في عقد الوكالة .

فيجوز إذن أن ينوب عن البائع أو عن المشتري وكيل ، وهذا يدخل في الوكالة فلا شأن لنا به هنا (٢) . كما يجوز أن ينوب عن البائع أو عن المشتري ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن النائب أو حارس قضائي . وفي جميع الأحوال لا يجوز لشخص أن يتبايع مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التبايع لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل قبل التعاقد أو إجازة منه بعد التعاقد (م ١٠٨ مدني) .

ونقف عند هاتين المسألتين : (١) التبايع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن النائب أو حارس قضائي . (٢) بيع النائب لنفسه .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٨٤ - فقرة ٩١ .

(٢) ونقتصر هنا على الإشارة إلى أن البيع والشراء بوجه عام من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة ، فلا بد من وكالة خاصة في كل منهما يخصص فيها نوع التصرف الموكل فيه ، ولا تكن الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف الحاصل فيه التوكيل ، فهذه الوكالة العامة إما تكن في أعمال الإدارة لا في أعمال التصرف (م ٧٠١ مدني) . ومذهب المادة ٧٠٢ مدني في هذا الصدد هل ما يأتي : ١ - لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه الدين والمراعاة أمام القضاء . ٢ - والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يمين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات . ٣ - والوكالة الخاصة لا تجل لتوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر ولعرف الجاري . -

ويخلص من هذا النص أن التوكيل في البيع أو الشراء يجب أن يكون توكيلاً خاصاً ، أي توكيلاً يذكر فيه هل التوكيل في البيع أو في الشراء ، ولا يشترط في هذا التوكيل الخاص تعيين الشيء الذي يباع أو يشتري .

هذا وقد جرى القضاء على اعتبار المرأة المتزوجة وكيلة عن زوجها في شراء الحاجات المنزلية (استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٣) .

١٥ - التبایع عن طریق ولی أو وصی أو قیم أو وکیل عن الغائب أو حارس قضائی

٤٨ - المصادر التشريعية : النائب هنا بسند ولايته من القانون كما قلنا ، فالقانون هو الذى يحدد مدى هذه الولاية . وهناك مصدران تشريعيان مختلفان ، أحدهما يحدد مدى ولاية الولی والوصی والقیم والوكیل عن الغائب ، والثانى يحدد مدى ولاية الحارس القضائى .

فالمصدر التشريعى الأول هو النصوص الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة والوكالة عن الغائب . وقد كانت هذه النصوص قبلا محتوية قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ . وقد ألغى هذا القانون واستبدل به قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ . ثم حل محل هذا القانون المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو الذى يسمى بقانون الولاية على المال .

والمصدر التشريعى الثانى هو النصوص الخاصة بالحراسة ، وهذه محتوية فى التقنين المدنى فى المواد من ٧٢٩ إلى ٧٣٨ .

ونستعرض ، طبقاً لهذه المصادر التشريعية ، مدى ولاية الولی ، ثم مدى ولاية الوصى والقیم والوكیل عن الغائب ، ثم مدى ولاية الحارس القضائى ، فى البيع والشراء ، إذ أن لكل من الطوائف الثلاث ولاية تختلف فى المدى عن الولاية التى للطائفتين الأخرين .

٤٩ - ولاية الولی فى البيع والشراء : الولی هو أبو القاصر أو جده ، ومدى ولاية الأب أوسع من مدى ولاية الجد .

فقد قضت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر أو فى محله التجارى أو فى أوراقه المالية إذا زادت قيمة أى منها على ثلثمائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة فى هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة . ونصت المادة ٨ بأنه

لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر ، عقارية كانت أو منقولة ، ولو لم تجاوز قيمتها ثلثائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة ونحت إشرافها ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالألا يتصرف ولى القاصر في المال المورث . أما إذا كانت الأموال قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه وعن طريق التبرع ، فقد قضت المادة ١٣ بأنه يجوز للأب أن يتصرف فيها . ولو زادت قيمتها على ثلثائة جنيه ، بدون إذن المحكمة . وبمخلص من هذه الأحكام أن الأب يجوز له أن يتصرف في منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها بدون إذن المحكمة ، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقاً مالية أو محلاً تجارياً ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثائة جنيه . ويجوز للأب أن يتصرف في عقارات الصغير بدون إذن المحكمة ، إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثائة جنيه ، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع ، وإلا فيجب إذن المحكمة . وفي جميع الأحوال ، أى في للمنقولات والعقارات ، يجب إذن المحكمة أياً كانت القيمة ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالألا يتصرف ولى القاصر في المال الموروث (١) . وحكم الشراء هو حكم البيع .

أما الجد فلا يجوز له التصرف في مال القاصر إطلاقاً ، عقاراً كان أو منقولاً ، وسواء كان التصرف بيعاً أو شراءً ، إلا بإذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

(١) وقبل قانون الولاية على المال وقانون الحاكم الحسية ، كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي السببة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ نقض ببطان عقد بيع الأحيان المملوكة للقاصر والصادر من أبيه بصفته ولياً عليه إلى ابن آخر من زوجة أخرى قبل صدور قانون الحاكم الحسية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ قد أقام قضاءه على قوله : ... فالتأنيب من أقوال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام الحاكم أن الأب إذا كان فاسد الرأي سبيء للتدبير وباع مال ولده ، فلا يصح هذا البيع إلا إذا كان بالخيرية وهي بالنسبة للعقار لا تكون إلا بضعف قيمته ، فإن باعه بأقل من نصف لم يجز هذا البيع ، فهذا الذي أقام عليه الحكم قضاء لا مخالفة فيه لقانون ، وهو يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون الحاكم الحسية (نقض مدني ٧ يونية سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٩ من ٧١٤) .

ولا يجوز للولي ، أباً كان أو جداً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه (أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقارب زوجه إلى الدرجة الرابعة) إلا باذن المحكمة (م ٧ قانون الولاية على المال) . فإذا أذنت المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه ، أما الجدة فيلزمه أن يطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) .

٥٠ - ولاية الوصي والفيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء :

وقد قضت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصي التصرف في أموال القاصر ، عقاراً كان المال أو منقولاً ، وببيعاً كان التصرف أو شراء ، إلا باذن المحكمة . ولا بد من إذن خاص في ذلك إذا أراد الوصي شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله القاصر ، ويطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) . ونسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م ٧٨ قانون الولاية على المال) (١) .

على أن هناك ضروباً من البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة ، فهذه يجوز

(١) وحيث لا يجوز التصرف الصادر من الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إلا بإذن المحكمة ، فإن التصرف قبل إذن المحكمة يكون موقوفاً على شرط هو صدور إذن المحكمة ، فإن صدر الإذن نفذ التصرف من وقت إبرامه ، وإلا فإنه يسقط (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٧ ص ١٦٧ - محكمة شير الكوم الكلية ٩ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٢ رقم ٤٨٨ ص ١٤٦٢) . ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ويصححه إذن المحكمة (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢) . وذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن التصرف يكون صحيحاً مطلقاً فلا تصححه الإجازة (٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٤ - :نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ١٠٧) . ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن التصرف يكون صحيحاً غير نافذ وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ويستند في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فهي تجعل التصرف غير نافذ في حق الصغير لانتفاء النيابة (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ١٣٨ ص ١٩٢) . وعبارة المذكرة الإيضاحية غير صريحة في إدخال عدم العقود الصحيحة غير النافذة وهو النظام المعروف في الفقه الإسلامي في قانون الولاية على المال ، ولعل المذكرة الإيضاحية تقصد أن التصرف لا يجوز الاحتجاج به (inopposable) على الصغير لمجاوزة النائب حدود الولاية .

أن يباشرها الوصى والقيم والوكيل عن الغائب دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة ، وذلك كييع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم القاصر لزراعة أرضه .

٥١ - ولاية الحارس القضائي : يعين الحارس القضائي على المال في حالات معينة ، أهمها أن يكون المال قد قام في شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزته (م ٧٢٩ - ٧٣٠ مدني) .

ويعين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، وإلا تولى القاضي تعيينه (م ٧٣٢ مدني) .

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة مدى ولاية الحارس (م ٧٣٣ مدني) ، فإذا لم يحدد مدى هذه الولاية باشر الحارس جميع أعمال الإدارة دون حاجة إلى إذن المحكمة ، أما أعمال التصرف ، ومنها البيع والشراء ، فلا بد فيها من الإذن (م ٧٣٥ مدني) ، وذلك ما لم يكن البيع أو الشراء ملحقاً بأعمال الإدارة كييع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة فتجوز مباشرة هذه التصرفات دون حاجة إلى الحصول على إذن .

٢٥ - بيع النائب لنفسه

٥٢ - القاعدة العامة : رأينا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠٨ مدني تنص على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » . ويتبين من هذا النص

أنه لا يجوز للتائب عن البائع أن يبيع الشيء من نفسه أو من شخص آخر هو نائب عنه أيضاً ، كما لا يجوز للتائب عن المشتري أن يبيع مال نفسه أو مال شخص هو نائب عنه أيضاً من المشتري الذي هو نائب عنه .

ذلك أن التائب يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين . والتعارض ، في حالة ما إذا كان التائب ينوب عن المتبايعين معاً ، لم يحسب حسابه أحد من الأصليين . وهو ، في حالة ما إذا كان التائب ينوب عن أحد المتبايعين مع أصالته عن نفسه ، تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها . فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين .

٥٣ - تطبيقات خاصة في بيع التائب لنفسه - النصوص القانونية :

وقد وردت تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام في عقد البيع ، تحت عنوان بيع التائب لنفسه ، في المواد ٤٧٩ - ٤٨١ مدني (١) .

فنصت المادة ٤٧٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري لنفسه ، مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني : ما يئط به يبعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى » . ونصت المادة ٤٨٠ مدني على أنه « لا يجوز للسامرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » . ونصت المادة ٤٨١ مدني على أنه « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه » (٢) .

(١) هذا ما ورد في قانون الولاية على المال من عدم جواز تصرف الأب أو الجد في عقار الصغير لنفسه وعدم جواز تصرف الوصي والقيم والوكيل عن الغائب في مال المحجور لنفسه ، وذلك كله ما لم يصدر إذن من المحكمة يميز للتصرف ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩ وفقرة ٥٠) ، وسنعود إليه فيما يلي (أنظر فقرة ٥٤)

(٢) تاريخ النصوص :

م ٤٧٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « لا يجوز بيع في الأحوال الآتية ، حتى لو كان البيع بالمزاد ، وسواء عقد المشتري الصفقة باسمه أو باسم =

ويقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٨/٣٢٥ (١) .

= مستشار : (١) إذا كان المشتري وصياً أو قياً أو نائباً من غيره بحكم القانون ، واشترى مال من هو نائب عنه . (ب) إذا كان المشتري وكيلًا بالبيع ، واشترى المال الموكل بيحه . (ج) إذا كان المشتري منوطاً به إدارة عين أو كان موظفاً عاماً ، واشترى المال الممهود إليه في بيعه أو المال الذي يجب أن يتم بيحه على يده . (د) إذا كان المشتري سنديقاً أو حارساً مصفياً ، واشترى مال للتفليس أو مال الدين المسر . (هـ) إذا كان المشتري مصفياً لشركة أو شركة ، واشترى المال الذي يصفيه . كل هذا مالم يصدّر إذن من القضاء في البيع ، وكل هذا دون إخلال بما ينص عليه قانون الأحوال الشخصية من أحكام . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح متفقاً مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة حيث كانت : « مع علم الإخلال بما يكون منصوفاً عليه في القوانين الخاصة » . وأصبحت المادة وقها ٥٠٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وعدلت لجنة الشيوخ عبارة « القوانين الخاصة » بعبارة « قوانين أخرى » ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة تحت رقم ٤٧٩ مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ فقرة ٢٢٣ ص ٢٢٥) .

م ٤٨٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٧ من المشروع النهائي ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧) . م ٤٨١ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١ - على أنه يجوز في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، أن يجيز القصد من تم البيع لحسابه ، إذا توافقت وقت الإجازة الأهلية الواجبة : ٢ - فإذا رفض إجازة القصد ، ونبيع المال من جديد ، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثانى وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة البيع . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، وعدلت الفقرة الأولى بحيث أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم ٥٠٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٧ و ص ٢٣١) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٥٨/٣٢٥ : لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ، ولا للوكلاء المقامين من موكلهم ، أن يشتروا الشيء المنوط بهم بيحه بالصفات المذكورة . فإذا حصل الشراء منهم ، جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في معرض الموازنة بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق ما يأتى : « زيد (في التقنين الجديد) على النواب السامرة والخبراء في الأموال الممهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها ، لأن حكمة المنع فيهم متوافرة : م ٦٤٧ من المشروع وقد نقلت عن التقنين لتتوفى م ٥٦٩ - نص المشرع صراحة على أن البيع ممنوع ولو كان بالتراد أو كان باسم مستعار ، والنص على الحالة الأولى يزيل لبساً ، وعلى الحالة الثانية يواجه أمراً كبيراً =

وبقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٤٧ - ٤٤٩ . وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٨ - ٤٧٠ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٨ - ٥٩٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٧٨ - ٣٧٩ و ٣٨١ (١) .

= الوقوع - أجاز المشروع تصحيح البيع . . لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك بإذن القضاء في البيع قبل حصوله ، كالوصى بتأذن المجلس المحسبي (مجموعة الأعمال التحضيرية) ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤٧ - ٤٤٩ (مطابقة للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري) . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٩ .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٨ - ٤٧٠ (مطابقة للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٨٨ : ١ - يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده وله أن يشتري ماله ولده لنفسه ، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد . ٣ - والجد كالأب في الحكم .

م ٥٨٩ : لا يجوز للوصى المنسوب أو للقيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع ماله لنفسه للمجور ، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المجور مطلقاً ، سواء أكان في ذلك خير للمجور أم لا .
م ٥٩٠ : ١ - لا يجوز للوصى المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع ماله لنفسه للقيم ، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم ، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة .
٢ - واخيرة هي أن يبيع اليتيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل ، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة .

م ٥٩١ : لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمجور ولا أن يشتري ماله للمجور لنفسه .

م ٥٩٢ : ١ - ليس للكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها عليهم . وليس لكلاء التفاليس ولا لحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليس ولا أموال المدين الممسر . وليس لمصفي الشركات والتركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها ، وليس للماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال الموهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها . وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري ، ولو بطريق المزايدة العلنية ، لا بنفسه ولا باسم مستعار ، ما هو محظور عليه شراؤه .
٢ - هل أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازته من تم البيع لحسابه ، متى كان وقت الإجازة جانباً للأهلية الواجبة . أما إذا لم يجزه وبيع المال من جديد ، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة البيع . =

٥٤ - الأشخاص الذين لا يجوز لهم الشراء : ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترىً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً ، وقد تقدم ذكر ذلك .

والنيابة في بيع مال الغير قد تأتي من اتفاق ، وهذه هي الوكالة . فن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، كأن يشتريه لزوج أو لولد له أو لأحد ممن يمت له بصفة ويكون هذا المشتري في الواقع من الأمر مسخرأً من النائب . وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع ، ولا معقب على تقديره في ذلك من محكمة النقض ، ويجوز

= (وأحكام التفتين العراقي تقرب في مجموعها من أحكام التفتين المصري ، فيما عدا أن التفتين العراقي نقل أحكام الفقه الإسلامي في بيع الول والوصى والقاضي ما لم المحجور وشرائهم لمال المحجور ، وفيما عدا أن التفتين العراقي في المادة ٩٢ هـ أفاض في تعداد الوكلاء ومن لم صفة النيابة من الغير على النحو الذي كان عليه المشروع التمهيدى لتفتين المصري — أنظر الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون العراقي مادة ٣٤٠ — فقرة ٣٥٣ ، وفي أن الجزء على المنع في القانون العراقي أن يكون المقدم موقوفاً فقرة ٣٥٣) .

تفتين الموجبات والمقود البناني م ٣٧٨ : إن الأشخاص المشار إليهم فيما يلى لا يجوز لهم شراء ما بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعاريين ولو كان الشراء بالمزاينة ، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء ، وإذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً . أولاً — لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها . ثانياً — لا يجوز لمثل الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التي فرض إليهم أمر الاعتناء بها . ثالثاً — لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال الممنوعة إليهم في بيعها . رابعاً — لا يجوز للآباء أو الأم ، ولا لوصى أو القيم أو المشرف القضائي أو الولي الموقت ، شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم .

م ٣٧٩ : لا يجوز للباسرة ولا للخبراء أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والحقوق والديون التي عهد إليهم في بيعها أو تخمينها ، ولا أن يقايضوا بها أو يرهنوها .

م ٣٨١ : إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا واشدين يطعون أشخاصاً مستعاريين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

(وأحكام التفتين البناني تنص في مجموعها على أحكام التفتين المصري) .

لأبائها بجميع الطرق لأنها واقعة مادبة (١). وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبناني قربة قانونية على الاسم المحتار ، فقتضى فى المادة ٣٨١ منه بأن الزوجة والأولاد يعدون أشخاصاً مستعاربين ، فتصبح هذه القربة من مسائل القانون فى هذا التقنين . والشراء محظور على النائب كما قدمنا ، ويستوى أن يكون الشراء بالممارسة أو فى المزاد العلنى . فلو وكل شخص فى بيع مال للغير بالمزاد العلنى ، فإنه لا يجوز له أن بدخلى مرابداً لشراء هذا المال ، فلا تزال مصلحة الشخصية متعارضة مع مصلحة موكله (١٠)

لجورى ورو ٥ فقرة ٣٥١ د س ١٧ - بودرى وسبيب فقرة ٢٥٢ - بلايول وريبير ورو ٥ فقرة ٥٨ .

(٢) وكانت هذه المسألة مختلفاً عليها فى عهد التقنين المدنى السابق ، فهدم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنص صريح . انظر فى جواز دخول النائب فى المزايدة فى عهد التقنين المدنى السابق الأستاذ عبد الحميد أبوهيف فى طرق التنفيذ فقرة ٨٥٥ - فقرة ٨٥٦ ، وفى عدم جواز ذلك جبرائيلان فقرة ٥٨ - دى هلنس ؛ لفظ Vente فقرة ٥٦ - الأستاذين أحمد نحة وعبد الفتاح السيد فى التنفيذ فقرة ٦٦١ - الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٩٢٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢٣٨ . وأنصار جواز دخول النائب فى المزايدة كانوا يقصدون البيع بالمزاد الجبرى دون المزاد الاختيارى ، فى البيع الجبرى لا يعتبر الوكيل منوطاً بالبيع ، وهو يبيع يجب فيه اتباع إجراءات من شأنها أن تحفظ حق المالك المدين . وكان يوجد اتفاق على أن الوصى يجوز له أن يدخل مزاداً فى شراء ملك إذا تحققت له مصلحة مشروعة فى ذلك ، كان يكون شريكاً على الشيوع مع القاصر وتباع العين المشتركة لعدم إمكان قسمتها عيناً ، فله أن يزايد ، وإذا رسا عليه المزاد لم يعتبر مشترياً من القاصر لأن القصة كاشفة ، وكان يكون الوصى دائئاً مرتباً ، فله أن يدخل مزاداً فى بيع عذار القاصر ومصلحته هنا متفقة مع مصلحة القاصر فى أن كلا منهما يريد أن يبلغ ثمن العقار أعلى حد (بلايول وريبير ٢ فقرة ٥٤ - كزيان وكايشان ٢ ص ٨٧ - الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٩٢١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢٣٧) .

ويبدو أن النائب فى البيع إذا باع العقار المنوط به بيه لم يجوز له ، إذا كان شقيقاً فى هذا العقار ، أن يأخذه بالشفعة . فإن الشفعيع يعتبر مشترياً إذ هو يحل محل المشتري ، ولجواز أن يتساهل مع المشتري فى شروط البيع حتى يشفع فى العقار بنفس الشروط . يضاف إلى ذلك ، بالنسبة إلى النائب إذا كان وكيلاً ، أن قبوله للوكالة فى بيع العقار ينطوى على نزول ضمنى من حقّه فى أخذ العقار بالشفعة . وقد كان هذا هو الرأى المعمول به فى الفقه فى عهد التقنين المدنى السابق (دى هلنس ؛ لفظ Vente فقرة ٦٢ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢٣٥ فى الهامش) .

ويلحق بالوكيل من نيطت به إدارة عين واشترى المال الذي يجب أن يتم بيعه على يده ، ومن عين مصفياً لشركة أو لشركة واشترى المال الذي يصفه (١) .
وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن الطريق نص في القانون ، وذلك كالولي ، فلا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان الشراء في المزااد العلني ، وهذا ما يقع غالباً في بيع أموال المحجورين ، إلا إذا كان متقانون يرخص في ذلك . وقد قدمنا أنه يجوز للولي شراء عقار الصغير لنفسه ، بشرط الحصول على إذن من المحكمة في ذلك (٢) .

وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة . فالوصي والقيم والوكيل عن النائب والسنديك والحارس القضائي ، كل هؤلاء ينوبون عن غيرهم في بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية . والموظف العام قد ينوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية . فلا يجوز لأحد من هؤلاء أن يشتري المال الموهود إليه في بيعه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان الشراء في مزااد علني . وقد قدمنا أن الوصي والقيم والوكيل عن الغائب يجوز لهم بأذن خاص من المحكمة ، أن يشتروا أموال محجور بهم (٣) .

كذلك لا يجوز للسمسار ، إذا عهد إليه شخص في بيع مال له ، أن يشتري هذا المال لنفسه (٤) . ذلك أن السمسار إما أن يكون عنده توكيل بالبيع ، فيصبح وكيلاً ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل في بيعه . وإما ألا يكون عنده توكيل ، فعند ذلك لا يكتفى رضاؤه بشراء الشيء لنفسه بل يجب قبول المالك ، وفي هذا إذن يجعل الشراء جائزاً . ومثل السمسار الخبير الذي يعهد إليه في تقويم شيء ، لا يجوز له أن يشتريه لنفسه ، لتعارض المصلحة إذ أن ذلك يحمله على أن يخس تقويم الشيء ، حتى ينتفع هو من بخس الثمن (٥) . والخبير كالسمسار ، إما أن

(١) أنظر المشروع التمهيدى للمادة ١٧٩ مدني (أنفاً فقرة ٥٣ في الهامش) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠ .

(٤) وكذلك من عهد إليه في بيع قطن وعجل جزءاً من الثمن لا يجوز له أن يشتري القطن

لنفسه (امتياز منطل ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨٧) .

(٥) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ .

يكون عنده توكيل فيكون حكمه حكم الوكيل لا يجوز له شراء الشيء لنفسه ،
ولما ألا يكون عنده توكيل فلا بد في هذه الحالة من قبول المالك . والسمار
والخبير ممنوعان من شراء المال ولو بيع في المزاد العلني ، سواء كان الشراء
باسمهما أو باسم مستعار (١) .

٥٥ - الجزء ٤ على المنع من الشراء : وليس الأشخاص الذين قدما

ذكرهم ممنوعين من الشراء لنقص في أهليتهم ، فنقص الأهلية شيء ،
والمنع من الشراء شيء آخر . وإنما المنع قد قام بسبب تعارض المصلحة
كما قلنا .

وقد ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن هناك رأياً يذهب إلى أن تعاقد
الشخص مع نفسه - ومن ثم شراء النائب للمال المعهود إليه في بيعه - قابل
للإبطال لمصلحة الأصل ، ولذلك ترد عليه الإجازة . وقد أخذت المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الرأي ، إذ جاء فيها : « ولهذه العلة اعتبر تعاقد
الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصل ومن الواضح أن البطلان
المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص (٣) » . وجاء في نفس المذكرة
الإيضاحية في صدد بيع النائب لنفسه : « أجاز المشروع تصحيح البيع - وهو باطل
بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع وقد قرر البطلان نص خاص لعله تعارض المصلحة -
لا بإجازة من ثم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك باذن القضاء في البيع قبل
حصوله كالوصى يستأذن المجلس الحسبي (٤) .

(١) وتنص المادة ٦٦٧ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجوز للمدين ، ولا للقضاء الذين
نظروا بأمر وجه من الوجوه إجراءات التنفيذ أو مسائل المنفعة عنها ، ولا للمحامين الوكلاء
عن مباشر الإجراءات أو المدعي وأن يتقدموا للزيادة بأنفسهم أو بطريق تسخير غيرهم ،
وإلا كان البيع باطلاً » .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٠ - وهذا هو أيضاً ما ينبغي إليه الفقه الفرنسي

بوجه عام (أوبى وردو ٥ فقرة ٣٠١ ص ٢٤ - بودرى وسينيا فقرة ٢٥٠ وفترة ٢٥٤ -
بلانيول وريبير وهامل ٦٠ فقرة ٥٨) .

والصحيح أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون النائب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره ، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته في البيع . فإذا ما باع النائب المال لنفسه ، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه ، يكون قد جاوز حدود نيابته ، فلا ينفذ تصرفه في حق الأصل إلا إذا أجازته هذا (١) . ويترب على هذا التكييف النتائج الآتية :

(١) وقد سبق أن قلنا بهذا الرأي في الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ - ولفظه في صرح قريب من هذا الرأي . وينبغي الأستاذ أنور سلطان (فقرة ٤٥٧) إلى أن جزؤه المنع من الشراء يجب أن ينسب في القواعد الخاصة بالنيابة ، لا القواعد الخاصة بالبطان ، ومن مقتضى القواعد الخاصة بالنيابة أن عمل النائب لا ينفذ في حق الأصل إلا إذا تم في حدود نيابة . ولكنه يقول بعد ذلك : « فإذا منع المشرع النائب من مباشرة عمل ما ، وعالمت النائب هذا المنع ، فيعتبر أنه قد تعافد خارج نطاق نيابته ، ولذا لا ينفذ تعاقده في حق الأصل إلا إذا أقره » (ص ٤٣٤) . وهذا صحيح فيما يتعلق بالنيابة القانونية والنيابة القضائية . أما في نيابة الاتفاقية ، فالمشرع لم يتدخل لتحديد مدى نيابة ، بل الاتفاق هو الذي حدد هذا المدى . ولم يدخل فيه أن يشتري النائب لنفسه ، ومن هنا جاءت مجاوزة النائب لحدود نيابته ، فالمنع في نيابة الاتفاقية مؤسس على إرادة الأصل لا على نص المشرع .

وانظر في هذا المعنى الذي ينبغي إليه الأستاذ أنور سلطان الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ١٢٢ . وينبغي الأستاذ سليمان موقس (فقرة ١٣٧) إلى أن النائب جاوز حدود نيابته في أنه لم يبيع بأجل فمن يمكن . انظر أيضاً الأستاذ جميل الشرقاوي في نظرية بطان التصرف فقرة ٨٩ ، وفي حقه البيع فقرة ١٦ . وفي رأينا أن النائب جاوز حدود الوكالة في أنه اشترى لنفسه ، أباً كان الممن الذي اشترى به .

وينبغي الأستاذ منصور مصطفى منصور (فقرة ١٣٤ ص ٣٠٣ - ص ٣٠٤) إلى ما ذهبنا إليه من أن النائب يجاوز حدود نيابته إذا اشترى لنفسه ، فلا بد من إجازة الأصل . ثم يقول إن الشراء قبل الإجازة يكون عقداً موقوفاً ، حل غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، وإجازة الأصل تجعله ينفذ . وملاحظتنا على هذا الرأي أنه لما كان العقد الموقوف غير معروف في المعنى العربي ، فقد لجأنا إلى تكييف آخر في الحالة التي يجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة ، ويقتضي الأمر إقرار الموكل ، فقلنا في الجزء الأول من الوسيط (فقرة ٨٩ ص ١٩٨) عاش رقم ٢) : « فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل التوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست متعززة ، بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل . وليس من شك في أن نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي هي أكثر ملاءمة لتكييف »

١ - أن الأصل إذا أدخل في حسابه جواز أن يشتري النائب المال لنفسه ، فأذن له في ذلك قبل الشراء ، جتز شراؤه ، إذ يكون التصرف قد دخل في حدود النيابة ، (انظر المادة ١٠٨ مدني) .

٢ - وإذا لم يأذن الأصل مقدماً في الشراء ، فله أن يجيز الشراء بعد تمامه ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وبهذا تقضى صراحة المادة ٤٨١ مدني إذ تنص على أنه « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه » .

٣ - وإذا كانت النيابة قانونية أو قضائية ، كنيابة الولي أو الوصي أو القيم ، فالقانون هو الذي يتولى بنفسه رسم حدود النيابة . فتارة يجيز بيع النائب لنفسه دون إذن كما فعل في حالة الولي عندما يشتري ، نقول الصغير لنفسه ، وطوراً يستوجب إذن المحكمة كما فعل في حالة الولي عندما يشتري عقار الصغير وفي حالة الوصي والقيم والوكيل عن الغائب عندما يشتري مال المحجور (١) .

الوضع الذي نحن بصدده ، لو أمكن إدخالها عن طريق الاجتهاد في الفقه المصري . وقد منع المشرع المصري إدخالها في أهم تطبيقات من تطبيقاتها وهو بيع ملك الغير ، إذ أورد نصاً صريحاً في أن هذا البيع قابل للإبطال ، وكان الأول أن يكون عقداً مبروراً - وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في بيع ملك الغير (انظر مايل فقرة ١٦٤) .

(١) وقد قدمنا أن الفقه في فرنسا ، وفي مصر في عهد التقنين المدني السابق ، يذهب إلى أن الوصي شراء مال القاصر إذ كانت له حقوق من قبل على هذا المال ، وكان المقصد من شرائها هو المحافظة على هذه الحقوق ، كما لو كان الوصي شريكاً في الشروع مع القاصر أو دائئاً مرتباً له ، ويبتع العين بالمراد المأني لعدم إمكان قسمتها مبيعاً أو لتنفيذ عمل العين المرهونة (انظر أدناه) فقرة ٥٤ في المامش . وانظر أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥١ ص ٣١ - ص ٢٢ - بودري وسيبيا فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٥ فقرة ٤٤ - بلانيول وريبير ٢ فقرة ٤٤ - كولان وكايتان ٢ ص ٤٨٧ - الأستاذ محمد حلمي عيوي فقرة ٩٢١ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٣٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في عهد التقنين المدني السابق بأن تحريم شراء النائب لشيء الذي تيط به يبيح لا يسرى في البيوع القضائية إذ هي موقعة بالضمانات الكافية (٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٢) . أما في عهد التقنين المدني الجديد سمحت ورد نص صريح في تحريم شراء النائب لنفسه ولو كان ذلك بالمراد المأني ، فيبدو أنه لا يجوز لوصي شراء مال القاصر ، حتى لو قصد المحافظة على حقوقه واشترى في مراد على ، من غير إذن المحكمة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البناوي فقرة ١٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص ٢٩٩ - ص ٢٠٠) .

وال هذا تشير المادة ٤٧٩ مدني عندما تقول في عبارتها الأخيرة : ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى ، ومن هذه القوانين الأخرى قانون الولاية على المال وقد سبق بيان أحكامه في هذا الصدد (١) .

المبحث الثاني

شروط الصحة

٥٦ - الأهلية وعيوب الإرادة : بعد أن فرغنا من شروط انعقاد البيع ، نتغل إلى شروط صحته . وشروط صحة البيع هي شروط صحة أي عقد : ترافر الأهلية الواجبة وسلامة الرضا من عيوب الإرادة . فتكلم إذن في : (١) الأهلية في عقد البيع (٢) وعيوب الرضا في عقد البيع .

المطلب الأول

الأهلية في عقد البيع

٥٧ - مميزات الأهلية مما يكتسب بها من النظم : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الأهلية تكتسب بغيرها من النظم ، وكثيراً ما تختلط بها . فيحسن تمييز الأهلية تمييزاً دقيقاً عن غيرها . الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لاتصدر إلا عن تمييز ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية .

(١) ويستثنى أيضاً ما تقضى به قواعد التجارة (أنظر المادة ١٠٨ مدني) ، وذلك كما في الترخيل بالمعولة . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للوكيل بالمعولة أن يتعاقد مع نفسه (نقص مدني ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ من ٧٦٧) .
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١١٧ .

والأهلية غير الولاية على المال . فالولاية على المال هي ففاذ التصرف على مال الغير ، كنفاذ تصرف الولى والوصى والقيم على مال المحجور . ومن ثم تكون الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

والأهلية غير عدم قابلية المال للتصرف . فمن وقف ماله لا يستطيع التصرف فيها وقفه ، لا لنقص فى أهليته ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف .

والأهلية غير المنع من التصرف . فالمريض مرض الموت ممنوع من التصرف فى ماله فى حدود معينة لمصلحة الورثة ، بحيث إذا جاور هذه الحدود لم يسر تصرفه فى حقهم . والنائب ممنوع من شراء ما وكل فى بيعه على نحو ما قدمنا لمصلحة الأصل ، بحيث إذا اشترى هذا المال لم يسر التصرف فى حق الأصل . وعمال القضاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان نظر النزاع يخل فى اختصاص المحكمة التى يباثرون أعمالهم فى دائرتها ، وهذا المنع من التصرف للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا . وكذلك المحامون ممنوعون من التعامل مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، والمنع هنا أيضاً للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا .

٥٨ - أهلية التصرف واجبة فى كل من البائع والمشتري :

فالأهلية إذن هى التى ترجع إلى التمييز . وقد علمنا عند الكلام فى النظرية العامة للأهلية أن هناك أدواراً ثلاثة طبيعية يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت . فالدور الأول هو دور عدم التمييز ، والصبي غير المميز وهو من كان دون سبع سنوات لا يستطيع مباشرة أى تصرف . والدور الثانى هو دور التمييز ، ويبدأ من سن السابعة وهى سن التمييز إلى سن الحادية والعشرين وهى سن الرشد . وفى هذا الدور يكون الصبي المميز ناقص الأهلية ، لا عديمها ولا كاملها ، فيباشر من التصرفات ما يكون نافعاً نفعاً محضاً ، ولا يباشر منها ما يكون ضاراً ضرراً محضاً ، وما كان من التصرفات دائراً بين النفع والضرر ومنها البيع والشراء يباشره بإجازة الولى . والدور الثالث هو دور الرشد ، ويبدأ من الحادية والعشرين ، وفيه يكون البالغ الرشيد أهلاً لجميع التصرفات ومنها البيع

والشراء ، بل ويكون أهلاً للتبرعات وهى التصرفات المضادة ضرراً محضاً ، وذلك ما لم يحجر عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم يباشر عنه التصرفات على النحو الذى قدمناه فى النظرية العامة للأهلية .

وبخلاص من ذلك أن الصبي غير المميز ليس أهلاً للبيع ولا للشراء ، لأن البيع - سواء من ناحية البائع أو من ناحية المشتري - يعتبر من أعمال التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

أما الصبي المميز - ويلحق به المحجور - فأهليته فى البيع والشراء أهلية ناقصة . فهو يستطيع أن يبيع ويشتري ، بشرط إجازة الولي أو الوصى أو القيم وبإذن من المحكمة فى الأحوال التى نص القانون فيها على ذلك ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم .

ومن بلغ من العمر إحدى وعشرين سنة - أى بلغ سن الرشد - غير محجور عليه ، فقد توافرت فيه أهلية التصرف كاملة ، وكانت له أهلية البيع والشراء دون قيد ، فلا يحتاج إلى إذن ولي ولا إلى إذن من المحكمة .

فأهلية كل من البائع والمشتري إذن هى أهلية التصرف ، وتقضى بلوغ سن الرشد (١) .

٥٩ - عني بكفى التمييز فى أهلية البيع والشراء : على أن هناك أحوالاً معينة يكفى فيها بلوغ سن التمييز دون بلوغ سن الرشد لينتأهل الإنسان أهلية البيع والشراء .

١ - فقد نصت المادة ١١٢ مدنى على أنه « إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . والقانون

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يشتمل على نصين فى أهلية البائع المشتري ، هما تطبيق محض للقواعد العامة ، ولذلك أغفلها التقنين المدنى الجديد . فكانت المادة ٣١٢/٢٤٦ مدنى سابق تنص على أنه « يجب أن يكون كل من البائع والمشتري متصفاً بالأهلية الشرعية للتعامل (capacité légale de s'obliger) . وكانت المادة ٣١٣/٢٤٧ تنص على أنه يجب أن يكون البائع متصفاً بالأهلية الشرعية للتصرف (capacité légale d'aliéner) .

هنا هو قانون الولاية على المال . وتنقضى المادة ٥٤ منه بأن لولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وتنقضى المادة ٥٥ منه بأن للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وسواء أذن للقاصر من وليه أو من المحكمة ، فإنه متى تسلم أمواله كان له أن يباشر أعمال الإدارة . ويدخل فى هذه الأعمال أى بيع أو شراء تقتضيه الإدارة ، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة ، فتكون أهلية البيع والشراء متوافرة عنده فى هذه الحدود . وكذلك تكون له أهلية التصرف ، بيعاً وشراء ، فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته هو ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (م ٢/٥٦ قانون الولاية على المال) . وهذه الأحكام تسرى على المحجور للسفه أو للغفلة إذا أذنت المحكمة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها (م ٦٧ قانون الولاية على المال) .

٢ - وتنقضى المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة أن يتجر ، ويكون إذن المحكمة مطلقاً أو مقيداً . فيكون للقاصر فى هذه الحالة الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها .

٣ - وتنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهل للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولا يجوز أن يمدى أثر التزام القاصر بحدود المال الذى يكسبه من مهته أو صناعته . وبمخلص من ذلك أن القاصر متى بلغ السادسة عشرة يصبح ، دون حاجة إلى أى إذن ، أهلاً لأهلية كاملة فى التصرف فى كسب عمله . فيستطيع ، فى حدود هذا الكسب ، أن يبيع وأن يشتري وأن يلتزم .

٤ - وتنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال على أن القاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة مع مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط . وبمخلص من هذا النص أن القاصر المميز - أيأ كانت سنه - متى وضع تحت تصرفه مال لينفق منه على نفسه ، كانت له أهلية التصرف كاملة فى هذا المال . فيجوز له أن يشتري بهذا المال ما يحتاج إليه من مأكلا وملبس وغير ذلك ، ويجوز له

أن يبيع المال إذا كان غير نقد للمحصل على نقد ينفق منه على نفسه . فهو كامل الأهلية في التصرف ، بيعاً وشراءً والتزاماً ، في حدود المال الموضوع تحت تصرفه للنفقة .

٥ - وتنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أنه : إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق . ويخلص من هذا النص أن القاصر إذا أذنت له المحكمة في الزواج - ويجب أن يبلغ الثامنة عشرة إذا كان ذكراً والسادسة عشرة إذا كان أنثى وفقاً للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ - تضمن هذا الإذن إذناً في أن يتصرف الزوج في المهر باعطائه لزوجته وفي التصرف في ماله للنفقة على زوجته ، وتضمن إذناً في أن تتصرف الزوجة في المهر الذي تأخذه من زوجها فتكون ذا الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها في أن تشتري جهازها من هذا المهر . وهذا كله مالم تقرر المحكمة غيره عند الإذن في الزواج ، أو في قرار لاحق لهذا الإذن .

المطلب الثاني

عيوب الرضا في عقد البيع

٦٠ - **نظير الفواهر العامة :** عيوب الرضا في عقد البيع هي عيوبه في أي عقد آخر ، فيعيب إرادة أي من البائع والمشتري أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس (١) أو إكراه أو استغلال . فإذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب ،

(١) ومن صور التدليس في البيع صورة تسمى باحتكار البيع (vente à monopole) . فيمدد منتج السلعة إلى الاتفاق مع تاجر يبيع منه سلعته بيعاً باتاً ، ليقوم التاجر بعد ذلك ببيعها من الصلاحيات له . ويحذف المنتج للتاجر السلعة ، ويؤكد له أنها رائجة كل الزواج ، فيحمله بذلك على أن يقبل شراء كميات كبيرة منها على أن يحتكر بيعها وحده . ثم يتبين التاجر أن السلعة ليست رائجة ، بعد أن يكون قد اشترى هذه الكميات الكبيرة اطمئناناً إلى تأكيدات المنتج ، فتصيبه من جراء ذلك خسارة جسيمة . وقد سار القضاء الفرنسي على اعتبار مجرد التأكيدات الكاذبة الصادرة من منتج السلعة عن رواج سلعته تدليلاً يجعل البيع الصادر منه للتاجر قابلاً للإبطال (بيدان ١١ فقرة ٢٢ - الأستاذ جيل الشرفاوي فقرة ٢٠ - وقد أشار بيدان =

كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب . وفي الاستغلال
يكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للإيقاص وفقاً للقواعد المقررة في الاستغلال ،
وقد سبق تفصيلها في الجزء الأول من الوسيط . ولغبن أحكام خاصة في عقد
البيع ، سنتناولها عند الكلام في الثمن .

ولا جديد يقال في البيع في صدد هذه العيوب ، فينبغ فيها القواعد المقررة
في النظرية العامة في العقد فيما يتعلق بعيب الإرادة (١) كما هي مبسطة تفصيلاً

= في القضاء الفرنسي إل الأحكام الآتية : محكمة النيق التجارية ٢٤ يولييه سنة ١٩٢٩ مجلة القانون
للفرنسي ١٩٢٦ ص ٢٥٥ - محكمة مارييليا التجارية أول ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة مارييليا
١٩٢٣ - ١ - ١٩٣٥ - محكمة المانتر ٧ نوفمبر سنة ١٨٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٤ - ٢ - ١٠١٩
- محكمة برونشون ٨ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دي باليه ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦) .

١- (١) وفي بعض الحالات محكمة التعليل في عيوب الرضا في البيع : نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩
مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص ٢٨٦ (التعليل في العيب والأمراض المستعصية بين شأينها أن يجعل
الإرادة مفعلة) - نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤٢ ص ٥٠٣
(أمين ٦ مايو ذكر حد قبلها مكان حد آخر : غلط مادي يصحح) - نقض مدني ١٥ مايو
سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٥ ص ١٠٨٢ (كتمان البائع عن المشتري أن الحمل
للتجاري المبيع قد تحكم بإطلاقه لعدم الرخصة يعتبر تدليلاً ، ولو كان المشتري يعلم بأن الحمل غير
مرغوب لأنه كان يرجو الحصول على الرخصة) - نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة
أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٣ (متى قصت المحكمة لأسباب سائلة في حدود سلطاتها
التقديرية وقوع إكراه مؤثر في إرادة البائع أو تدليس مفيد لرضائه ، فإنها لا تكون ملزمة
بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عيوب الرضا في البيع : ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١
م ١٤ ص ٥٣ (اشترى أرضاً كان يعتقد أنها تجاور مسلكين يؤديان إلى الطريق العام فبين علم
صحة ذلك : يمد غلطاً) - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ (لا يمتد بالغلط في تعيين
الحدود إذا كانت ذاتية الأرض محددة ومعروفة للمشتري) - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٩
(الاكتساب في أسهم شركة لم تحصل على قرطلة خديوي دون أن يعلم للمكتسب ذلك يكون مشوباً
بالغلط) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ (يمد غلطاً أن يقصد المشتري شراء نمرة
كاملة 10٤ في أرض مقسمة وأن يقصد البائع بيع جزء من نمرة وجزء من نمرة أخرى ،
ولو تساوى الشئان في المساحة والمنفعة) - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ (اشترى
أرضاً قسمت في الخروط لافي الطبيعة وكان يعتقد أنها تجاور طريقاً عاماً فظهر غير ذلك : يمد
غلطاً) - ٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٠ (لا يمد غلطاً أن يكون أحد حدود الأرض
طريقاً خاصاً وكان المشتري يظن طريقاً عاماً) - ١٩ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٥ - ٢٠ (يمد
غلطاً أن يقصد المشتري شراء شيء آخر فإذا هو مقلد ، ولو كان المشتري ذا خبرة بالآثار ، =

في الجزء الأول من الوسيط .

ولكن الخلط في المبيع في عقد البيع له شأن خاص ، إذ يتصل اتصالاً وثيقاً بالعلم بالمبيع وبخيار الرؤية وهو الخيار المعروف بالفقه الإسلامي ، فنتناوله هنا في شيء من التفصيل .

٦١ - علم المشتري بالمبيع - النص صريح الفاتورية : تنص

المادة ٤١٩ من القانون المدني على ما يأتي :

- ١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .
 - ٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع (١) .
- ويقابل هذا النص في القانون المدني السابق المواد ٢٤٩-٢٥٣/٢٥٣-٣١٩ (٢).

== فلا يتقيد في رفع دعوى الخلط بمدة التقادم القصيرة المقررة في ضمان العيب الخفي) - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ (لا يمد غلطاً الخلط في تعيين الحدود مادامت ذاتية الأرض معروفة) - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦ (لا بد من بيان بيع المبيع في العقد الابتدائي حتى يستلزم المشتري أن يتسك بالخلط في قيمة المبيع لأن ريمه أقل مما قدر) - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨ (غلط المشتري في ذاتية الأرض التي اشتراها) - وانظر أيضاً في الخلط والتدليس : ٢٨ مايو ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ (غلط) - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ (غلط) - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ (تدليس) - ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢١ (تدليس) - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ (الخلط بأنواعه المختلفة) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه . ٢ - إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . وفى لجنة المراجعة خور النص تحويراً لفظياً ، وحشد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في القانون المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٣٢ في المشروع النهائي . ورافق على مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨ و ص ٢٠) .

(٢) القانون المدني السابق م ٣١٥/٢٤٩ : يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ،

إما بنفسه أو بمن وكله منه في مابينه . م ٣١٦/٢٥٠ : إذا لم يشاهد المشتري جزاءً ==

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في حين المدني السوري
المادة ٣٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٨ - وفي التقنين المدني العراقي

= إلا بعض المبيع ، وتبين أنه لو رآه كله لامتنع من شرائه ، فليس له إلا أن يتحصل على الحكم
بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه في طلب الفسخ
إذ تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان .

م ٣١٧/٢٥١ : إذا ذكر في عقد المبيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال
البيع بدعى عدم علمه بالمبيع ، إذا أثبت تدليس البائع عليه .

م ٣١٨/٢٥٢ : بيع الأشياء التي لم يداينها المشتري ولا وكيله في المعاينة لا يكون صحيحاً
إلا إذا كان عقد البيع مشتملاً على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقق
حاله .

م ٣١٩/٢٥٣ : البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة ،
أو حصلت معاينته من غيره معتمداً عليه في ذلك .

وقد تلخص التقنين المدني الجديد هذه النصوص الخمسة في نص واحد هو المادة ١٩ المتضمن
ذكرها . وقد جاء في صدها في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : « هذا النص
يلخص خمسة نصوص في التقنين المصري الحال (السابق) هي المواد ٢٤٩ — ٣١٥/٢٥٣ —
٣١٩ ، كل وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة
لقانون المدني وهذه لا تشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً تعييناً كافياً .
فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً ، وحذفت عبارة « إما بنفسه
أو بمن يوكله عنه في معاينته » من نص التقنين الحال (السابق) لبداهتها . ثم أراد أن يوفق
بين هذا العلم — والمقصود به خيار الرؤية — وبين الاكتفاء بتعيين الشيء . فذكر أن العلم يعتبر
كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه (انظر
م ٣١٨/٢٥٢ مدني) . فروية المبيع يفنى عنه تعيينه بأوصافه الأساسية تعييناً من شأنه أن يمكن
تمييزه عن الأشياء الأخرى . وبدعى أن هذا التمييز يختلف باختلاف الأشياء — ثم نقل المشروع
المادة ٣١٨/٢٥١ من التقنين الحال (السابق) ، فقرر أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري
عالم بالمبيع سقط حقه في الطعن على البيع بدعى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .
وقد أغفل المشروع نصين في التقنين الحال (السابق) لا فائدة من إيرادها ، أحدهما يقضى بأنه
« إذا لم يشاهد المشتري جزاءً إلا بعض البيع . وتبين له أنه لو رآه لامتنع من شرائه ، فليس
له إلا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم البيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط
حقه في طلب الفسخ إذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان (م ٣١٦/١٥٠ مصري) »
ويقضى النص الثاني بأن البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير
المعاينة أو حصلت معاينته من غيره معتمداً عليه في ذلك (م ٣١٩/٢٥٣) . ووضح أن في الفوائد
العامة في من ذكره هذين الحكمين (مجموعة الأحكام التحضيرية ٤ ص ١٨ — ص ١٩) .

المواد ٧١٥-٥٢٣ وفي تقنين المرجبات والمقود لا يوجد نص مقابل (١)

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٧ (مطابقة المادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري. وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩ - فقرة ٤٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٨ (مطابقة المادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥١٧ : ١ - كل من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه ، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع . ولا لأخيار البائع فيما باعه ولم يره . ٢ - والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو لمس أو الذم أو السمع أو المذاق .

م ٥١٨ : الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكن رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالتمسك المسمى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تبين النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون دائماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

م ٥١٩ : ١ - إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفة واحدة ، فلا بد لزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة . ٢ - وإذا كان المشتري رأى بعضها ، ففى رأى الباقي جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعاً ، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي .

م ٥٢٠ : ١ - إذا وصف شيء للأعنى وعرف وصفه ثم اشتراه ، لا يكون مخيراً . ٢ - ويسقط على كل حال خيار الأعنى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشومات وذوق المنومات .

م ٥٢١ : الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه رؤيتهما كروية الأصل ، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشتري .

م ٥٢٢ : من رأى شيئاً يقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه .

م ٥٢٣ : ١ - يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، ويتصرفه في البيع قبل أن يراه ، وبإقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وبتميب المبيع أو هلاكه بعد القبض ، وبصنوع ما يطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبعضى وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه . ٢ - والبائع أن يحدد المشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع خلال هذه المدة

(والتقنين العراقي أخذ بخيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامى ، ولكنه أقام مقام الرؤية وصف الشيء وصفاً يفتى من الرؤية . انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٦٧ - فقرة ٧٦ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢١٥ ويميز بحق)

٦٢ - القواعد العامة المنقولة بعلم المشتري بالبيع : لو أن نص المادة ٤١٩ مدنى لم يوجد ، لوجب ألا تتطلب أن يكون للمشتري علماً بالبيع ذاتاً ، ولكن أن يكون المبيع معيناً تعييناً كافياً يميزه عن غيره ويكون مانعاً من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالماً به . وهذه هي القواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام ، سبق بسطها في النظرية العامة للمحل . فإذا كان المبيع داراً مثلاً ، ولم يرها المشتري ، ولكنها عينت تعييناً كافياً بأن ذكر موقعها وحدودها ، فقد كان ينبغي أن هذا التعيين يكفي ولو لم يكن للمشتري سابق علم بالدار .

فكان ينبغي إذن ألا تشترط رؤية المشتري للبيع ، ولا سابق علمه به ، ولا وصفه بأكثر من الأوصاف التي تكفي لتعيينه . على أنه يجب ألا يكون للمشتري واقعاً في غلط في صفة جوهرية في المبيع ، وهذا الغلط لا يفترض ، فعلى المشتري الذي يدعيه يقع عبء إثباته . ولكن الفقه الإسلامى ، وبخاصة للمذهب الحنفى ، يثبت للمشتري الذى لم ير المبيع خياراً يسميه خيار الرؤية ، يستطيع المشتري بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع إذا رآه فوجده على خلاف ما ظن . وقد أراد التقنين المدنى الجديد ، على غرار التقنين المدنى السابق ، أن يوفق بين خيار الرؤية وبين القواعد العامة التى سبقت الإشارة إليها في تعيين المبيع والغلط في صفة جوهرية فيه . فنستعرض في إيجاز خيار الرؤية في الفقه الإسلامى ، في المذهب الحنفى وفي غيره من المذاهب الأخرى ، ثم ننقل إلى أحكام التقنين المدنى المصرى التى أريد بها التوفيق بين أحكام خيار رؤية وبين هذه القواعد العامة .

٦٣ - خيار الرؤية في الفقه الحنفى : يثبت خيار الرؤية ، في المذهب الحنفى ، في عقد البيع ، ويثبت للمشتري دون البائع . فمن اشترى عيناً معينة

= بين خيار الرؤية والغلط فيدفع بذلك عن وجود خيار الرؤية في القانون المدنى العراقى على خلاف رأى الأستاذ حسن الذنون .

تقنين الموجبات والنفود البنائى : لم يرد شيء خاص بخيار الرؤية ، فتسرى القواعد العامة المتعلقة بوجوب تعيين المبيع تعييناً كافياً .

بالذات ، ولم يكن قد رآها لا وقت البيع ولا قبل البيع (١) ، كان له الخيار إذا رآها ، ولو كان اشتراها على الصفة وظهرت على ما وصفت ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو الخيار إذا رآه . أما البائع فلا خيار له ، حتى لو لم يكن قد رأى العين التي باعها قبل بيعها . ووقت ثبوت خيار الرؤية للمشتري هو وقت الرؤية لا قبلها ، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية ورضى بالبيع ، فإنه له بالرغم من ذلك أن يردّه إذا رآه ، لأن زواله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به . واختلف في جواز الفسخ قبل الرؤية ، والصحيح أنه يجوز .

والمقدّر حال قيام خيار الرؤية غير لازم من جهة المشتري ، فلهذا الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية ، بل وقبلها كما سبق القول . أما البائع فقد قلنا أنه لا خيار له ، فالمقدّر يكون لازماً من جهته . وعدم لزوم المقدّر من جهة المشتري يقرم في أساسه على فكرة الغلط ، إذ يفترض إن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها ، بل وجده على حال لا يصلح معها للفرض المقصود ، فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته .

ويسقط خيار الرؤية : (١) برؤية المشتري للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع بل يكفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة (٢) . فإذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم جاز للمشتري إمضاء البيع برضائه بالمبيع كما جاز له فسخه . والفسخ يثبت له منذ البداية ، حتى قبل الرؤية على الرأي الصحيح كما قلنا . والمختار في المذهب الحنفي أن خيار الرؤية لا يتوقت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه . فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشتري خياره في الإمضاء أو في الرد ،

(١) فإذا كان المشتري لم ير المبيع وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك ، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير ، فلا خيار له . وإن كان قد تغير عن حاله ، فله الخيار ، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه . أنظر م ٢٢ مدني عراق آنفاً فقرة ٦١ في الهامش .

(٢) أنظر في تفصيلات رؤية الشيء - وهي مأخوذة من المذهب الحنفي - المواد ٥١٨-٥٢١ .
التقنين المدني العراقي ، وقد سبق ذكرهما (آنفاً فقرة ٦١ في الهامش) .

وما دام ساكناً فخياريه قائم إلى أن يصدر منه ما يبدل على الإمضاء أو الرد ، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازماً في حالة الإمضاء مستقضاً في حالة الرد . وهناك قول بأن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن المشتري من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ سقط خياره وازم المبيع (١) .

(٢) بموت المشتري قبل أن يختار ، فيلزم البيع بموته . ولا ينتقل الخيار إلى ورثته ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بهلاك بعض المبيع أو نفيه أو تغييره قبل أن يختار المشتري . (٤) بتصرف المشتري في المبيع . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية . فان كان صادراً قبل رؤيته ، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير ، أو كان لازماً بموجب حقاً للغير كالبيع والهبة مع التسليم والرهن والإجارة ، سقط خيار الرؤية . ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم المبيع ، لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء الخيار فائدة فيسقط . وينتقل الخيار ماقطاً حتى لو تنقضت هذه التصرفات اللازمة ، كما لو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعيب أو افلست الرهن أو انقضت مدة الإجارة . فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط ، إذا الساقط لا يعود إلا بسبب جديد ، أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية تصرفاً غير لازم ، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وعدب ولم يسلم أو كان المبيع داراً فيمت دار بجنبها فأخذها بالشفعة ، لم يسقط خيار الرؤية ، لأن هذه التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا بتعذر فسخها ، وكل ما تدل عليه هو الرضا ، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا ، فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط . بقيت التصرفات الصادرة من المشتري بعد الرؤية ، فهذه سواء كان يمكن رفعها أو يمكن ، تعذر فسخها أو لم يتعذر ،

(١) وقد اختار التقنين المدني العراقي هذا القول ، فتنص في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٣ على أن : « يسقط خيار الرؤية .. بصور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبعض وقت كاف يمكن للمشتري من رؤية الشيء دون أن يرد » . وتنبئ الفقرة الثانية من المادة ٢٢٣ ما يأتي : « ولما نتج أن يجدد المشتري أجله مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد للمبيع في خلال هذه المدة » (انظر آتياً فقرة ٦١ في الحاشي) .

فإنها تسقط ضيار الرؤية. إذا أقل ما تدل عليه الرضا ، والخيار بعد الرؤية يسقط
بالرضا صراحة أو دلالة (١) .

٦٤ - خيار الرؤية في المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامي :

والمذهب الحنفي وحده هو الذي يعرف خيار الرؤية على النحو الذي بسطناه ،
أما المذاهب الأخرى فتختلف أحكامها في هذا الخيار من أحكام
للمذهب الحنفي ،

ففي مذهب مالك ، إذا كانت العين المبيعة حاضرة في مجلس العقد لم يكن
في رؤيتها مشقة وجب أن يراها المشتري ليصح العقد . فإذا اشتراها بعد
رؤيتها انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية ، وإذا اشتراها دون
أن يراها لم يصح البيع . وهذا هو الحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من
مجلس العقد ، بحيث يمكن رؤيتها دون مشقة . أما إذا كانت العين غائبة عن
مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة كثرة بحيث أن يلحقه
الفساد من تكرار التشرع عليه ، جاز بيعها على الصفة إذا لم تكن بعيدة جداً ،
فتوصف وصفاً يميزها عن غيرها ويفرد بذاتها . فإذا بيعت العين على هذا
النحو انعقد البيع نافذاً وليس للمشتري خيار الرؤية ، ولكن له خيار الوصف
إن جاءت العين على غير ما وصفت . ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف

(١) وقد جاءت هذه الأحكام نقلاً عن المذهب الحنفي في التفتين المدني العراقي ، فنصت المادة
١/٥٢٣ من هذا التفتين على ما يأتي : « يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، ويتصرف في البيع
قبل أن يراه ، وبإقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء في عقد
البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، ويتعيب الشيء لو هلكه بعد
التبصر ، وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت
كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه » (انظر أيضاً فقرة ٦١ في المامش) . ويلاحظ
أن التفتين العراقي أضاف سببين في إسقاط خيار الرؤية : وصف الشيء وصفاً يقوم مقام الرؤية
وظهوره على الصفة التي وصفت ، وإقرار المشتري في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته .
وسمى أن التفتين المصري هو أيضاً جعل هذين السببين مسقطين لخيار الرؤية : فوافق بذلك بين
أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع .

وانظر في خيار الرؤية في المذهب الحنفي مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلف جزء ٤
ص ٢٤٨ - ٢٥٨ ، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية في خيار الرؤية .

بالباع على البرنامج ، بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مكتوب ، فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف ، فان وجدت لزوم البيع ، وإلا كان للمشتري خيار الوصف . وبغني عن الوصف رؤية متقدمة ، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع ولم تتغير العين وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية . فإذا لم تسبق للمشتري رؤية العين ، ولم توصف على النحو المتقدم أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً ، لم يجوز البيع إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع . أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط البائع على المشتري ألا يكون له الخيار أو سكت العقدان عن شرط الخيار ، فالبيع باطل . ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في مذهب مالك ، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف ، أو في حالة العين البعيدة جداً ولو وصفت ، مادامت العين في هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها ، ولا ثبت الخيار إلا بالشرط .

وفي مذهب الشافعي ، في قوله القديم ، يجوز بيع العين الغائبة ويثبت للمشتري خيار الرؤية . ثم إن في افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات ، والثاني أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أن صحة البيع لا تقتصر إلى ذكر شيء من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها . وأما إذا رأى المشتري المبيع قبل العقد ثم اشتراه دون أن يراه وقت البيع ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار ونحوه جاز بيعه . وهذا القول القديم في مذهب الشافعي يقارب المذهب الحنفي في خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار حتى لو ذكرته جميع صفات المبيع . وفي القول الجديد رؤية المبيع شرط في صحة العقد ، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة ، وسواء لم يسبق للمشتري رؤيتها أو سبق ، ففي جميع الأحوال لا يصح البيع إلا في المبيع المرئي وقت العقد . ومن ثم لا يكون للمشتري خيار الرؤية ، فهو قد رأى العين وقت العقد ورضى شرائها ، بل إن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع كما قلنا (١) .

(١) والشافعي ، في اشتراطه في قوله الجديد رؤية المبيع وقت انعقد لصحة البيع ، يذهب كثيراً في مجال التعامل . وهو يحتاج لقوله هذا بنهي النبي عليه السلام من بيع القدر والقدر موجود فيما لم يره المشتري ، ونهيه عليه السلام من بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس

والظاهر في مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التي لم توصف ولم تقدم رؤيتها لا يصح بيعها . فوجب ، حتى يصح العقد ، إما الرؤية من المشتري والبايع جميعاً ، وإما سبق الرؤية بزمن لا تتغير العين فيه ، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي لصحة السلم . فان وقع البيع على هذا النحو كان صحيحاً لازماً ، وليس للمشتري ولا للبايع خيار الرؤية فيه . لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف ، كان للمشتري خيار الخلف في الوصف . وإذا كانت العين حاضرة في مجلس العقد ، اشترطت رؤية ما هو مقصود بالبيع ، وهذا ما لم يوصف المبيع . وبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من مذهب أحمد ، إذ البيع لا يصح إلا برؤية المبيع أو بوصفه ، فلا مجال بعد ذلك لخيار الرؤية (١) .

ويستخلص مما قدمناه في المذاهب الثلاثة أن وصف المبيع يغني عن رؤيته ، فالبيع على الوصف جائز ، وليس للمشتري عند ذاك خيار الرؤية وإنما له خيار الخلف في الوصف . وهذا الذي استخلص من المذاهب الثلاثة هو ما أكل به التقنين المدني المصري أحكام خيار الرؤية بعد أن أخذ هذه الأحكام من المذهب الحنفي ، فجعل الوصف مغنياً عن الرؤية ، بل جعل لإقرار المشتري أنه عالم بالمبيع بمثابة الرؤية كما سنرى .

= بخاطر مرقى المشتري . ويذهب إل أن المقصود في المبيع هو المالة ومقدار المالة لا يصير معلوماً إلا بالرؤية ، فالجهل بمقدار المالة قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالة . ويقول إن البيع بيع دين وبيع عين . والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف ، وإذا تراعى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع . أما الطريق لمعرفة الدين فهو الرؤية ، وإذا تراخت الرؤية عن حالة العقد لم يجز هنا أيضاً البيع (مصادر الحق في الفقه الإسلامى المجلد ٤ ص ٤٦٤) .

(١) وهناك رواية ثانية في مذهب أحمد ، هي أنه يجوز بيع العين التي لم توصف ولم تقدم رؤيتها ، ويكون للمشتري في هذه الحالة خيار الرؤية ، بل إن البايع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسق له رؤية المبيع . وفي رواية ثالثة أن البيع على الصفة لا يجوز ، وإن البيع على رؤية سابقة لا يجوز ، فيشترط إذن في صحة البيع رؤية المبيع حال العقد . وتتفق هذه الرواية الثالثة في مذهب أحمد مع مذهب الشافعي في قوله الجديد .

وانظر في خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة مصادر الحق في الفقه الإسلامى المجلد ٤ ص ١٥٩ - ص ٢٦٧ ، حيث ذكرت المصادر والنصوص التفهية .

٦٥ - خيار الرؤية في التفنين المدني المصري : وعند نقل التفنين

المدنى الجديد ، على غرار التفنين المدنى السابق ، خيار الرؤية على الفقه الإسلامى ، مع بعض تعديلات تظهر مما يأتى (١) .

فقد أوجب - فى المادة ٤١٩ مدنى وفد تقدم ذكرها - أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . والعلم بالمبيع شئ غير تعيين المبيع ، فقد يكون المبيع معيناً كل التعيين ولكن المشتري لا يعلمه . والأصل فى العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتاً ، ولكن التفنين المدنى لم يجعل الرؤية هى الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع ، بل جعل إلى جانب هذا الطريق طريقين آخرين .

أولاً : أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . وهذه خطوة أبعد من تعيين المبيع ، إذ يمكن فى تعيين المبيع أن يكون معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه . فإذا باع شخص داراً معروفة للناس إذا ذكرت فلا يقع لبس فيها ، كانت العين المبيعة معينة تعييناً كافياً ، ولكن المشتري قد لا يكون رأى الدار وليس له سابق علم بها . فلا يمكن إذن ، لصحة البيع ، أن تكون الدار معينة تعييناً كافياً ، بل يجب أيضاً بيان أوصافها الأساسية بياناً يمكن من تعرفها ، فيذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسماً واضحاً فى ذهن المشتري ، فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية (٢) . وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة ، بخلاف المذهب الحنفى ، تستغنى من الرؤية بالوصف .

ثانياً : إقرار المشتري فى عقد البيع بأنه عالم بالمبيع . فقد لا يوصف المبيع المعين على النحو الذى قدمناه ، ولكن المشتري يذكر فى عقد البيع أنه يعرف المبيع أو صفت له رؤيته ، فيكون إقراره هذا حجة عليه . ولا يستطيع بعد ذلك أن يظن فى البيع بالابطال بدهوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت

(١) وفى القانون الفرنسى بيع قريب من البيع بخيار الرؤية يسمى البيع مع الاحتفاظ بحق المردول *vente en disponible* ، وهو بيع بضائع فى مخازن البائع لم يرها المشتري ، وله الحق فى قبولها أو رفضها عند رؤيتها (أنظر فى هذا البيع بودرى وسينيا فقرة ١٨٣ رابعا) .

(٢) استئناف وطنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامة ٢ رقم ٢/١٢٢ ص ٤٨٦ - استئناف

أن البائع قد دلس عليه ، بأن أراه مثلاً عيناً أخرى وأوممه أنها العين المبيعة ،
ففي هذه الحالة له أن يتمسك بإبطال البيع للتدليس لا للغلط (١)

ونرى من ذلك أن خيار الرؤية في التقنين المدني المصري قد آل في النهاية
إلى وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له عن غيره بحيث يتمكن
المشتري من تعرفه . فإذا لم يوصف على هذا النحو ، وجب على الأقل أن يقر
المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع .

ولا يظهر إذن خيار الرؤية إلا في الفرض النادر الآتي : تكون العين المبيعة
معبنة تعييناً نافياً للجهاالة الفاحشة ، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذي يمكن
من تعرفها ، وفي الوقت ذاتها لا يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ،
ولم يكن قد سبق له رؤيتها . ففي هذه الحالة وحدها يثبت للمشتري خيار
الرؤية ، على نحو لأم فيه التقنين المدني بين أحكام الفقه الإسلامي والمبادئ
العامة للقانون المدني (٢) فخرج خيار الرؤية على نظرية الغلط ، وافترض أن

(١) استئناف وطني ٢٨ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص ١٨٥ - استئناف غنطط
٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ - ونقول الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدني : « وإذا
ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال المبيع بدعوى عدم علمه
به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع » . ولما كان الإقرار بالعالم بالمبيع هو حجة على المشتري ،
كما قدسنا ، فهو دليل على أن المشتري لم يقع في غلط في شأن وفاة المبيع بالفرض المقصود منه ،
ومن ثم يكون البيع صحيحاً . ويكون من غير الدقيق أن يقول النص في هذا الصدد إن المشتري
« يسقط » حقه في طلب إبطال البيع ، فالمشتري لا يستطيع الطعن في البيع ، لا لأن حقه في طلب
إبطال البيع قد سقط ، بل لأن البيع صحيح وليست هناك دعوى لإبطال أصلاً حتى يقال عنها إنها
قد سقطت (أنظر في هذا المعنى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ ص ٧١ - الأستاذ
مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري ص ٧١ هامش رقم ٢) .

(٢) فإذا ثبت ، رغم عدم وصف المبيع الوصف المميز له ورغم عدم إقرار المشتري في عقد
البيع أنه عالم بالمبيع ، أن المشتري لم يكن يجهل المبيع وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ،
لم يكن له حق الطعن في البيع . وهذه مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض . وقد قضت محكمة
النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي
اشتراه ، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، وكان هذا الاستخلاص سليماً مبنياً على ما أوردته
في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة
النقض لتعلقه بموضوع الدعوى (بنقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٣
رقم ٧٢ ص ٢٥٩) .

المشتري في الحالة التي نحن بصدددها ، إذا رأى المبيع فلم يجده وائياً بالغرض المقصود ، قد وقع في غلط جوهرى في شأن المبيع . فهو لم يره ولم يوصف له ، ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يفي بالغرض المقصود . فلما رآه وجده غير واف بهذا الغرض ، فيكون قد وقع في غلط جوهرى كما قلنا ، وله أن يطلب إبطال البيع وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط (١) . وخصوصية الغلط هنا أنه غلط قد أعفى المشتري من إثباته ، فهو غلط مفترض ، وبكفى أن يدعيه المشتري حتى يصدق بقوله ، بل يطلب منه أن يحلف اليمين . فما دام أنه لم ير المبيع من قبل ، ولم يوصف له الوصف اللازم ، ولم يقر أنه عالم به ، فالمفروض قانوناً أنه إذا رد المبيع بعد رؤيته فليس ذلك إلا نتيجة لوقوعه في غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالغرض المقصود (٢) .

(١) والذى يقطع في أن التفتين المدف قد خرج خيار الرؤية على نظرية السلط أن المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ١١٩ كانت تجري على الوجه الآتى : « إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعى عدم علمه بالمبيع » . وفى لجنة المراجعة حدد فى دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال (أنظر تاريخ نص المادة ١١٩ آنفاً فقرة ٦١ فى الماش) . ويخلص من أن الجزاء على عدم العلم بالمبيع - أى عدم الرؤية - هو إبطال البيع ، ولا يكون الإبطال فى هذه الحالة إلا للسلط .

وانظر فى أن المقصود بعدم العلم بالمبيع هو عدم الرؤية المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى ص ١٩ ، وقد سبق ذكرها آنفاً (فقرة ٦١ فى الماش) .

(٢) وإذا فرضنا أن المشتري قد ثبت له خيار الرؤية على النحو الذى بيناه ، فهل يسقط هذا الخيار بما يسقط به فى الفقه الإسلامى مادام أنه مأخوذ ؟ نرى الأخذ بهذا الرأى ، فيسقط خيار الرؤية فى التفتين المدنى المصرى بما يأتى : (١) برؤية المشتري للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . فإذا رأى المشتري العين وسكت بحيث يفهم من سكوته رضاه بالمبيع ، فقد سقط خياره . أما إذا أعلن المبيع لايق بالغرض المقصود ، فإن له أن يطعن فى البيع بالإبطال للسلط ، ولا تسقط الدعوى إلا بمضى ثلاث سنين من وقت رؤيته للعين ، كما هو الأمر فى دعوى الإبطال ، وذلك كله بشرط أن يعلن عدم رضائه بالمبيع عند رؤيته دون تأخر ، وإلا عد راضياً به وسقط خياره . (٢) بموت المشتري قبل أن يختار ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بهلاك المبيع أو تيب أو تغييره قبل أن يختار المشتري . (٤) بتصرف المشتري فى المبيع قبل رؤيته تصرفاً يثبت حقاً للغير على العين المبيعة ، كما إذا باعها أو رهنها . أما تصرفه فى المبيع بعد رؤيته فهذا يستخلص منه رضاه ضمنى بالمبيع ، ومن ثم يسقط خياره . وفى هذا الصدد يحسن التمييز بين نزول المشتري بين خياره وبين رضائه بالمبيع . فى الحالتين لا يكون له خيار . ولكنه فى الحالة الأولى يكون قد ثبت له الخيار ونزل عنه ، لى أنه تبين أنه كان واقعاً فى غلط فى شأن المبيع ومع ذلك نزل عن خياره . أما فى الحالة الثانية فإنه برضائه بالمبيع يكون قد أقر أنه لم يقع فى غلط أصلاً ، بل إن البيع قد نشأ صحيحاً منذ البداية

هذا هو القدر الذى أخذ به التفتين المدنى فى خيار الرؤية . وفى عن البيان أنه لو لم يأخذ بهذا القدر ، وادعى المشتري بعد رؤية المبيع أنه وقع فى غلط جوهرى من حيث وفائه بالغرض المقصود ، لكان عليه عبء إثبات هذا الغلط . فتحرر الغلط من غلط واجب الإثبات إلى غرض مفترض هو الأثر الذى ترتب على أخذ التفتين المدنى بخيار الرؤية (١)

المبحث الثالث

بعض البيوع الموصوفة

٦٦ - يرد على البيع ما يرد على سائر العقود من أوصاف :
والبيع كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة ، فيكون معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل ، ويكون متعدد المحل بأن يكون بيعاً مع خيار التعيين أو بيعاً ينطوى على التزام بدلى كالبيع بالعربون . والقواعد العامة التى سبق أن بسطناها فى أوصاف الالتزام من شرط (٢) وأجل (٣) ومن التزام تخييرى (٤) والالتزام

انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠ وفقرة ٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ - الأستاذ جيل الشرقاوى ص ٤٢ - ٤٣ - وقارب الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ٨٠ - فقرة ٨١ - وقارن الأستاذ محمد حلمى ميسى فقرة ١٠٦٥ - الأستاذين أحمد نجيب الملل وحامد وكي هاشم ص ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤ - فقرة ١١٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٧٨ - فقرة ٧٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩ .
(١) فتكون خصوصية الغلط هنا من ناحيتين : أولاً - أنه غلط خاص بوفاء العين المبيعة . بالنظر المقصود منها . ثانياً - أنه غلط يفترضه القانون ويعنى المشتري من إثباته ، فيصدق المشتري بقوله دون يمين .

(٢) ونشير هنا فى إيجاز إلى أثر تعليق البيع على الشرط فى نقل الملكية . فإذا كان الشرط واقعاً ، فإن الملكية الباتة لا تنتقل إلى المشتري بل تنتقل إليه ملكية معلقة على شرط واقف ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط فاسخ . ويتوقف على ذلك النتائج الآتية : (١) يمكن تسجيل البيع فى العقار قبل تحقق الشرط الواقف ، بل إن التسجيل يبدو ضرورياً فى حق الغير ، فإن المشتري إذا سجل البيع وتحقق الشرط استطاع أن يمتنع بالبائع على أى شخص يمكنه قد كسب حقاً مبيعاً على المبيع بعد التسجيل وقبل تحقق الشرط . (ب) ويجب

= في هذه الحالة دفع رسوم التسجيل ، فإذا لم يتحقق الشرط و زال البيع بأثر رجعي ، ردت هذه الرسوم إلى المشتري . وإذا لم يسجل المشتري البيع إلا بعد تحقق الشرط ، فإن رسوم التسجيل الواجبة في هذه الحالة هي الرسوم التي كانت نافذة وقت البيع ، لأن الملكية انتقلت إلى المشتري بأثر رجعي يستند إلى هذا الوقت ، لا الرسوم التي تكون نافذة وقت التسجيل بفرض أن هناك تعديلات أجري في رسوم التسجيل فزاد فيها أو نقص منها . (ج) يثبت للبائع في ذمة المشتري أثناء تطبيق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط واقف ، يجوز للبائع النزول منه لتغير خاصاً لهذا الشرط . (د) ولكن تبعة ذلك المبيع قبل تحقق الشرط تكون على البائع ، فمحقق الشرط بعد ذلك أو تخلف ، إذ لا يكون لشرط في هذه الحالة أثر رجعي (م ٢٧٠/٢ مدق) - ربما إذا كان الشرط فاسخاً ، فالذي ينتقل إلى المشتري هو ملكية معقولة على شرط فاسخ ، وتبقى عند البائع ملكية معقولة على نفس الشرط ولكنه شرط واقف . ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (أ) يجب على المشتري تسجيل البيع في العقار حتى تنتقل إليه الملكية المطلقة على شرط فاسخ حتى فيما بينه وبين البائع . (ب) رسوم التسجيل واجبة الدفع هي الرسوم النافذة وقت حصول التسجيل وإذا تحقق الشرط الفاسخ فزال البيع بأثر رجعي ، لم ترد رسوم التسجيل إلى المشتري ، وهذا خلاف ما يقتضيه الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ . ولكن البائع لا يدفع رسوماً جديدة عندما يتردد الملكية بسبب تحقق الشرط الفاسخ ، ويقتصر على التأثير على هامش التسجيل السابق بتحقيق الشرط . وإذا لم يسجل المشتري البيع ثم أصبح واضحاً أن الشرط الفاسخ قد تخلف ، فأصبحت ملكية المشتري ملكية مائة ، وسجل المشتري البيع عند ذلك ، فانه بعد مالكاً من وقت البيع لا من وقت تحقق الشرط ، فإن رسوم التسجيل التي كانت نافذة وقت البيع لا تلك التي تكون نافذة وقت التسجيل . (ح) يثبت للبائع في ذمة المشتري أثناء تطبيق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط فاسخ ، يجوز للبائع النزول عنه خاصاً لهذا الشرط . (د) تبعة ذلك المبيع بعد تسليمه ، إذا حدث البيع أثناء تطبيق الشرط ، تكون على المشتري وله تحقيق الشرط الفاسخ ، إذ لا يكون لتحقيقه أثر رجعي (م ٢٧٠/٢ مدق) .

انظر في تعليق البيع على شرط واقف استئناف مخطط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٨ وفي خيار الشرط للبائع (pactum additionis in diem) وخيار الشرط لكل من المتبايعين (pactum displicentiae) ، فإذا لم يعدل من له الخيار عن البيع في الميعاد المتفق عليه أصبح البيع بائناً : استئناف مخطط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥١ - أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٢ ص ١١) .

(٣) افتراض البيع بالأجل لا شأن له بالالتزام بنقل الملكية ، إذ الملكية لا تفترق بأجل . والذي يؤجل في البيع عادة هو تسليم المبيع إلى المشتري ودفع الثمن إلى البائع . وقد يشترط دفع الثمن على أقساط سنوية يشتمل كل قسط منها على الجزء المستحق من الثمن سرياً وأجل هذا الجزء مع أرباح المبالغ الباقية من الثمن ، فيعتبر كل قسط جزءاً من الثمن فلا يسقط على المشتري فوائد بل بخمس عشرة سنة ولو أنه يشمل في جزء منه اعوائد المستحقة (الأستاذان أحمد نجيب الهذلي وحامد زك فقرة ٢٩٩) .

(٤) فيقع البيع على أشياء متعددة : تكون خيار التسجيل فيها إما للمشتري وإما للبائع

بدلى (١)، وكذلك في البيع بالعربون (٢)، هي التي تنطبق، فلانعود إليها هنا (٣).
 وإنما تنف عند بعض بيوع موصوفة كثيرة الوقوع في العمل . فنبسط
 ما يميزها من خصائص ، ونختار البيوع الآتية : (١) البيع بشرط التجربة
 (vente à la dégustation) (٢) البيع بشرط المذاق (vente à l'essai)
 (٣) بيع الوفاء (vente à réméré) (٤) للبيع بالتنسيط مع الاحتفاظ
 بالملكية حتى استيفاء الثمن (vente à tempérament) أو الإيجار السائر للبيع
 (location-vente) (٥) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (vente avec
 faculté d'élire commande)

١٥. البيع بشرط التجربة

(Vente à l'essai)

٦٧ - المصوصى القانونية : تنص المادة ٤٢١ من التقنين المدني

على ما يأتى :

١ - فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ،

-
- (١) فيقع البيع على شئ معين ، ولكن يجوز للبائع أن يستبدل به شيئاً آخر فتياراً ذمته .
 (٢) أنظر فى البيع بالعربون أنفاً فقرة ٤٤ - فقرة ٤٦ .
 (٣) وتوجد بيوع موصوفة تقع كثيراً فى التأمل التجارى ، منها : (١) البيع بالتجارة
 (vente par filière) ، وهو بيع ينتهى إلى دفع الفروق (استثناء مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٠ م
 ٣٢ ص ٣٠٦) . (ب) بيع المحمول فى سفينة معينة (vente sur navire désigné) ،
 وتعين فيه السفينة التى تحمل المبيع ، فإذا لم يأت فى السفينة المينة كان لابد من إعدار البائع لإمكان
 نسخ البيع (استثناء مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٦) ، وأنظر أيضاً فى هذا
 الصرب من البيع : استثناء مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢ - ١٠ مايو
 سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٠ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦
 ٣٨٠ ص ٤٠٢ - ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧
 ص ١٥٤ - (ج) البيع بشرط سلامة الوصول (vente à l'heureuse arrivée du navire) ،
 (أنظر بودرى وسينيا ص ١٩٣ - ص ١٩٤) - (د) البيع بشئ شامل لمصروفات النقل
 والتأمين (la clause coût, frêt, assurance compris- Caf., Cif.) وسنعود إليه
 فيما يل (أنظر فقرة ٢٤٨) .

وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة في مدة معقولة يعينها البائع ، فإن انقضت هذه وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

٢٥ - ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٨/٢٤٢ (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٢٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود الثاني المادة ٣٧٤ بند ٣ والمادة ٣٩١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦١ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وفي لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل لفظي طفيف أصبح بعده مطابقاً ، وأصبحت المادة رقمها ١٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥ - ص ٢٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠٨/٢٤٢ : البيع على شرط التجربة يعتبر موقوفاً عن تمام الشرط .

(ولا فرق في الأحكام بين التقنينين السابق والجديد ، إلا أن نص التقنين السابق جاء مقتضياً واقتصر على تقرير أن البيع بشرط التجربة يعتبر بيتاً معلقاً على شرط واقف . أما التقنين الجديد فاعتبر أن هذا هو الأصل ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . ثم بين التقنين الجديد كيف تتم التجربة ، والمدة التي تتم فيها ، وما هو حكم سكوت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، وهذه كلها مسائل لا تخلو من أهمية عملية : المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥ - ٢٦)

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري - وانظر

في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٦ - فقرة ٦٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري) .

(الوسيط - م ٩)

وخلص من النص أن البيع قد يعلق على شرط التجربة ، فنبحث في هذا العدد المسائل الآتية : (١) كيف يعلق البيع على شرط التجربة ، (٢) كيف تكون التجربة والوقت الذي تم فيه ، (٣) التجربة كشرط واقف ، (٤) التجربة كشرط فاسخ .

٦٨ - كيف يعلق البيع على شرط التجربة : يكون ذلك عادة بأن يشترط المشتري أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يطلب ، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافياً للاستيثاق من ذلك .

وأكثر ما يكون شرط التجربة صريحاً . ولكنه قد يكون ضمناً ، يستخلص من طبيعة المبيع أو من ظروف التعامل . ف شراء ملابس ينطوي عادة على شرط ضمني أن المشتري قد اشتراها بشرط تجربتها ، حتى إذا كانت لا تناسبه نفى البيع (٢) . وشراء آلات ميكانيكية للزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض ، إذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربتها ، تفترض فيه التجربة شرطاً ضمناً . وإذا اشترى شخص سيارة مستعملة لم يسبق له فحصها ، فالغالب أن يشترط أن يكون البيع بشرط التجربة ، وكثيراً ما يكون هذا الشرط مفهوماً ضمناً من ظروف التعامل ومن سبق استعمال السيارة . وقد يستفّر

= التقنين المدني العراقي م ٥٢٤ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون - فقرة ٨١ - فقرة ٨٧ والأستاذ عباس حسن - الصراف فقرة ٢١٧ - فقرة ٢٢٤) .

تقنين الميرجيات والمقود اللبناني م ٣٧٤ بند ٣ : يكون البيع : ١ - إما . . . ٢ - وإما
هل شرط التجربة .

م ٣٩١ : إن البيع على شرط التجربة يعد في جميع الأحوال منعقداً هل شرط التعليق . (ولا فرق بين التقنين اللبناني والتقنين المصري ، غير أن التقنين اللبناني لما جعل بيع التجربة سداً هل شرط التعليق لم يبين هل الأصل في هذا الشرط أن يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً ، أما التقنين المصري فقد بين كما رأينا أن الأصل في شرط التجربة أن يكون شرطاً واقفاً) .
(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٦٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٨ .

العرف في أشياء معينة أن يكون شراؤها معلقاً على شرط التجربة : فبفهم
الشرط ضمناً عن طريق العرف .

وزي من ذلك أن البيع بشرط التجربة يقع عادة على الأشياء التي لا يمكن
الاستيثاق منها إلا بعد استعمالها ، كالملابس والآلات الميكانيكية والآلات
الكاتبة والتركيبات الكهربائية والأشعة والسيارات والآلات الفوتوغرافية
والصور والتابلوهات والراديوهات والأثاث المنزلي وكلاب الصيد وخيل السباق
ونحو ذلك . وكل هذه الأشياء منقول ، ولكن لا يوجد مانع من أن يقع بيع
التجربة على عقار فيشترط المشرى لمنزل سكناه أن يكون البيع بشرط
التجربة .

٦٩ - كيف تكون التجربة والوقت الذي نتم فيه : إذا كان البيع

بشرط التجربة ، وجب أن يمكن البائع المشتري من تجربة المبيع ، ويكون ذلك
عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه (١) . وليس من الضروري أن تكون التجربة
بمحضر من البائع ، فيجوز أن يجوز المبرور المبيع للاستيثاق من صلاحيته
بعيداً عن البائع .

والتجربة يقصد بها أحد أمرين :

١ - إما لتبين أن المبيع صالح للغرض المقصود منه ، كأن يكون آلة
ميكانيكية للحراث أو للدراسة ، فيجربها المشتري ومضى تبين أنها تصلح للحراث
أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح .
فالصلاحية هنا معيارها وفاء المبيع بالأغراض المقصودة منه ، ففى وجد المبيع
صالحاً للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشتري أن يرفضه ، وإذا وقع خلاف

(١) والمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع لتجربته ، حتى لو حجز عليه دائن البائع ، وحتى
لو أفلس البائع بعد البيع وقبل التسليم . ولو كان بيع التجربة معلقاً على شرط واقف ، فإنه يتحقق
الشرط ورضاء المشتري بالمبيع بعد تجربته . يعتبر مالكا إياه من وقت البيع أى من وقت سابق
على الحجز والإفلاس ، ومن باب أولى لو كان بيع التجربة معلقاً على شرط فاسخ (بلانهورل
وربير ومامل ١٠ فقرة ٢١١ ص ٢٤٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٢٧) .

حسمه الخبراء . وهنا يفترض معنى صلاحية المبيع من معنى خلوه من العيوب
التي إذا المبيع غير الصالح يكون منطوياً عادة على عيب خفي يجعله غير صالح .
٢- وإما للإستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية ،
فإذا اشترى ملابس أو مرساً أو منزلاً للسكنى بشرط التجربة ، فالعبرة ليست
بصلاحية المبيع في ذاته بل بعلامته للمشتري . فقد تكون الملابس أو الفرس
أو المنزل صالحة في ذاتها ، ولكن المشتري لم يرقه الملابس أو لم يجد في الفرس
صفات خاصة كان يطلبها أو لم يرحح للسكنى في المنزل ، فله عند ذلك أن يرفض
المبيع ، والقول في ذلك قوله هو لا قول الخبراء . وقد عرضت المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا الأمر الثانى إذ تقول : « ولم يقتصر المشروع
على إدخال هذا التعديل ، بل بين كيف تتم التجربة ، فقرر إلزام البائع
بتمكين المشتري من تجربة المبيع ، وللمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده
الذى يتحكم في نتيجة التجربة . وقد جرى المشروع في ذلك التقنين الألمانى (م ٤٩٥)
والتقنين النمساوى (م ١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٢٢٣)
والتقنين البولونى (م ٣٣٩) ، فإن المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى
يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع
أن يقرر ذلك (١) . » . وغنى عن البيان أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية إنما
يفرض الأمر الثانى ويعتبره هو المتفق عليه بين المتبايعين ، ولكن ذلك لا يمنع
من أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول ، أى أن يكون الشيء
صالحاً في ذاته للأغراض المقصودة منه ، ومتى وقع خلاف بين الطرفين في ذلك
حسم الخلاف أهل الخبرة (٢) . فالعبرة إذن باتفاق المتبايعين ، فان قصدا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦

(٢) أنظر في أن التجربة يقصد منها ذلك غالباً بودرى وسيليا فقرة ١٦٥ - وأنظر لوران
٢٤ فقرة ١١٨ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٤٩ ص ١٣ . وأنظر في الفقه المصرى : الأستاذ
سليمان مرقس فقرة ٣٨ ص ٥٢ - ص ٥٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١ ص ٥١ -
الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ١١٢ ص ١٦٧ وهاشم رقم ٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور
فقرة ٤٩ ص ٨٥ - ص ٨٦ . الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٠ (في الفقه العراقى)
وقارن الأستاذ أبو سلطان فقرة ٤٢ ص ٥٧ - ص ٥٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤
ص ١٥٥ - الأستاذ خليل الشرفاوى فقرة ٢٦ ص ٥٩ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٢
(في الفقه السورى) . الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٢ (في الفقه العراقى) .

من التجربة صلاحية الشيء في ذاته كان للخبراء القول الحاسم ، وإن قصدا منها مناسبة الشيء لحاجة المشتري الشخصية كان قول المشتري هو القول الأخير . وإذا وقع شك في قصدهما ، فالمفروض - نظراً لعبارة النص ولما جاء في المذكرة الإيضاحية - أن المقصود هنا مناسبة المبيع لحاجة المشتري ، فيكون للمشتري القول الحاسم في صلاحية المبيع .

والتجربة - سواء كان القصد منها تبين الصلاحية في ذاتها أو المناسبة لحاجة المشتري الشخصية - يجربها المشتري بنفسه في العادة ، لا سيما إذا كان القصد منها الاستئناس من مناسبة المبيع لحاجته . ولكن قد يستعين فيها برأي صديق أو رأي خبير ، كما في الصور والتابلوهات والآلات الميكانيكية (١) .

وكثيراً ما يحدد المتبايعان وقتاً معيناً يعلن فيه المشتري نتيجة التجربة (٢) . فإذا لم يحددا وقتاً لذلك ، جاز للبائع أن يفهم هو بتحديد مدة معقولة ، وللقضاء حق الرقابة عليه في ذلك (٣) .

فإن قبل المشتري المبيع أو رفضه في خلال مدة التجربة ، اعتبر البيع من وقت إعلان القبول أو الرفض . بعبارة أخرى أو كأنه لم يكن تبعاً للقبول أو الرفض (٤) .

(١) وإذا مات المشتري قبل التجربة ، انتقل حقه إلى ورثته (نسييه فقرة ١٧١ - تولون ١ فقرة ١١٢ - جيوار ١ فقرة ٤٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٧) .

(٢) فإذا لم يتمكن المشتري من تجربة المبيع في المدة المحددة لسبب أجنبي لا يد له فيه ، فالظاهر أن يكون البائع بالخيار ، إما أن يمهّل المشتري مدة أخرى لتجربة المبيع : وإما أن يفسخ البيع فينتحلل من التزاماته . والمشتري أن يمنح البائع من العسخ إذا هو قبل المبيع بالرغم من عدم تمكنه من تجربته (أنظر في هذا المعنى في القانون السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٦٠ ص ٩٣) .

(٣) وإذا سكت المشتري وقتاً طويلاً دون أن يعلن نتيجة التجربة ، فالمفروض أن يقاءه ساكناً هذه المدة الطويلة يتضمن قبوله المبيع (استثنائات مخطوط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠٤ - ٢ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٣٩) .

(٤) وقد يتفق المتبايعان على أنه في حالة وفاة المشتري لشيء بعد تجربته يجب عليه شراء شيء آخر من نفس البائع ، فإن أمكن تخريج هذا القول من أنه وعد بالشراء من جانب المشتري - بأن ذكر من الشيء الآخر على وجه التحديد أو قبل مثلاً إن فمن الشيء الآخر بعدد ثم الشيء =

أما إذا انتقضت المدة ، وسكت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع (١) ، فإن سكوته يعد قبولا . ذلك أن التجربة شرط علق عليه البيع ، وقد جعله المشتري بامتناعه عن التجربة أو بامتناعه عن إعلان نتائجها مستحيلا ، فيعتبر الشرط إذا كان واقفاً أنه تحقق ، وإذا كان فاسخاً أنه تخلف ، طبقاً للقواعد المقررة في الشرط (٢) .

٧٠ - التجربة شرط واقف : بقى أن نبين هل شرط التجربة الذي علق عليه البيع شرط واقف أو هو شرط فاسخ : تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ مدني ، كما رأينا ، بأن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . فالأصل إذن أن يكون شرط التجربة شرطاً واقفاً ، وإذا لم يبين المتعاقدان صراحة أو ضمناً أنهما أرادا شرطاً فاسخاً ، أو كان هناك شك فيما قصدا إليه ، كان المفروض أنهما أرادا أن تكون التجربة شرطاً واقفاً .

ويكون المشتري بشرط التجربة في هذه الحالة مالكاً تحت شرط واقف (٣) ، ويبقى البائع مالكاً للمبيع تحت نفس الشرط ولكنه يكون شرطاً فاسخاً بالنسبة إليه . والشرط الذي يعتبر واقفاً بالنسبة إلى المشتري وفاسخاً بالنسبة إلى البائع هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته ، بإعلانه هذا القبول إلى البائع في الميعاد المتفق عليه

المفروض - ألزم المشتري بالشراء أما إذا لم يذكر الثمن ، لم يتم الوعد بالشراء ، ولم يلتزم ترمي عند رفضه المبيع أن يشتري شيئاً آخر مكانه (بلانيول وريبير ومامل ١٠ فقرة ٢١٢ ص ٢٥٠) .

(١) وقد بينا الحكم فيما إذا لم يتمكن المشتري من التجربة لسبب أجنبي لا يد له فيه (انظر نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٤٥ - بودري وسينيا فقرة ١٦٩ - بلانيول وريبير ومامل ١٠ فقرة ٢١٢ - وقارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٢ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦ .

(٣) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن بقاء الشيء تحت يد المشتري على شرط التجربة يعتبر على سبيل الرديئة ، فإذا تصرف فيه يمد خاتماً للأمانة ، وذلك لأنه ثبت لها أن الطرفين قد اتفقا على بقاء الملكية للبائع حتى يجرب المشتري المبيع (نقض جنائي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩) .

أو الميعاد المعقول الذى حدده البائع عن التفصيل الذى قدمناه . فالشرط يتحقق بقبول المبيع (١) . ومنى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية بانه بأثر رجعى ، فاستندت إلى وقت البيع لا إلى وقت القبول فحسب . وزالت ملكية البائع بأثر رجعى أيضاً ، فاستندت زوالها إلى وقت البيع . ومن ثم تزول كل الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتبقى تلك التى ترتبت من جهة المشتري . ويتخلف الشرط برفض المشتري للمبيع ، وإعلانه هذا الرفض للبائع فى الميعاد . ومنى تخلف الشرط ، زال البيع بأثر رجعى واعتبر كأن لم يكن . وزالت مع البيع بأثر رجعى ملكية المشتري التى كانت معلقة على شرط واقف ، وأصبحت ملكية البائع التى كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية بانه منذ البداية . وتبقى الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتزول تلك التى ترتبت من جهة المشتري . أما إذا سكنت المشتري عن إعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، فقد رأينا أنه بسكونه هذا جعل تحقق الشرط مستحيلاً ، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشتري قبل المبيع ، ونجرب الأحكام التى قدمناها فى حالة تحقق الشرط . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ مدنى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، أنه « إذا انقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع ، اعتبر منكوبته قبولاً » .

وإذا اعتبرنا التجربة شرطاً واقعياً ، كما هو الأصل ، وهلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط ، هلك على البائع . ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ ، ولأن الشرط إذا تحقق وبتمذر أن يتحقق فى هذه الحالة فإن المشتري لن يقبل المبيع بعد أن هلك - لم

(١) ولا يقال إنه شرط إرادى متوقف على إرادة المشتري ، إذ المشتري ، هو الدائن بنقل الملكية ويمحوز أن يكون الشرط متوقفاً على إرادة الدائن ، أما الشرط الإرادى المحض الذى يطل العقد فهو الذى يتوقف على إرادة المدين . أما التزام المشتري بدفع الثمن ، فإنه إذا أنفاه بإرادته المحضة ألقى فى مقابل ذلك حق فى انتقال الملكية إليه . هذا إلى أنه لو كان المقصود من التجربة تبين صلاحية الشيء ذاته ، لم يكن الأمر موكولاً إلى محض إرادة المشتري ، بل القول الحاسم عند النزاع للخبراء (انظر الأستاذ محمد كامل مرمى فقرة ٨٤ ص ١٥٧) .

يكن لتحققه أثر رجعي ، فحينئذ المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري ،
فيملك على البائع (١) .

٧٨ - التجربة شرط فاسخ : على أنه يجوز للمتابعين أن يتفقا على أن
تكون التجربة شرطاً فاسخاً . ويكون الاتفاق على ذلك صريحاً ، أو ضمناً
يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد . فعند ذلك ينفذ البيع منذ البداية ،
ويصبح المشتري مالِكاً للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما يصبح البائع
مالِكاً له ملكية معلقة على شرط واقف . والشرط هنا يصبح عدم قبول
المشتري للمبيع وإعلان البائع بهذا الرفض ، فهذا هو الشرط الفاسخ بالنسبة
إلى المشتري ، وهو في الوقت ذاته شرط واقف بالنسبة إلى البائع . فإذا تحقق
الشرط ، بأن أعلن المشتري البائع رفضه للمبيع ، انفسخ البيع بأثر رجعي ،
واعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع والبائع كأنه هو المالك منذ البداية ، وتزول
الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع وتبقى تلك التي ترتبت من جهة
البائع . أما إذا تخلف الشرط - أو صار في حكم المتخلف بأن سكنت المشتري

(١) ولا يمنع من صحة هذا الحكم أن المداوى قد تسلم المبيع لتجربته وأن هلاك المبيع يكون
على المشتري بعد التسليم ، فإن ذلك إنما يكون في البيع المنجز ، أما والبيع معلق على شرط واقف
فالهلاك يكون على البائع (الوسيط جزء ٣ ص ٧٣ هامش رقم ١ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ .
ص ١٨٠ - وقارن الأستاذ مصطفى الزرقا في عقد البيع في القانون المدنى السورى ص ٩٠ -
ص ٩٢) .

أما في القانون المدنى العراقى ، حيث يجب التمييز بين يد الأمانة ويده الضمان . فإن يد المشتري
في بيع التجربة هي يد ضمان ، فيكون الهلاك عليه ولو كانت التجربة شرطاً واقفاً وهلاك المبيع
قبل أن يتحقق الشرط (انظر في هذا المعنى الأستاذ غيلاس حسن الصراف فقرة ٢٢٤) . ويؤيد
ذلك أن هلاك المقبوض على سوم الشراء في القانون العراقى يكون على القابض ، وليس المشتري
بشرط التجربة بأدى حالاً في أن تكون تبعة الهلاك عليه من القابض على سوم الشراء ، بل إن
المشتري بشرط التجربة ، وقد انفسخ البيع وانتقلت الملكية معلقة على شرط واقف ، أولى
بتحمل تبعة الهلاك من القابض على سوم الشراء ولم ينقل له بيع ولم تنتقل إليه ملكية . وقد ورد
قصر صريح في التقنين المدنى العراقى يجعل تبعة الهلاك على القابض على سوم الشراء ، إذ تنص
الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ : « من هذا التقنين على أن ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن
إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه الضمان . أما إذا لم يتم له ثمن ، كان أمانة في يده ،
فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه » .

عن القبول أو الرفض - فإن البيع يصبح بائناً ، ويعتبر المشتري مالِكاً للمبيع ملكية بائنة منذ البداية ، وتزول ملكية البائع بأثر رجعى . وتبقى الحقوق التى ترتبت من جهة المشتري على المبيع ، بينما تزول الحقوق التى ترتبت من جهة البائع (١) .

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، هلك على المشتري لا على البائع ، لأنه وقت أن هلك كان ملك المشتري ، وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحققه أثر رجعى (م ٢٧٠/٢ مدنى) .

٢٤ - البيع بشرط المذاق

(vente à la dégustation — vente ad gustum)

٧٢ - **الذموى القانوني** : تنص المادة ٤٢٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا بيع الشيء بشرط المذاق ، كان للمشتري أن يقبل المبيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العرف ،

(١) وإذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً ، فإن البيع بشرط التجربة يكون قريباً من صورة البيع مع ضمان البائع صلاحية المبيع لمدة معلومة . وقد نصت المادة ٤٥٥ مدنى فى صدد هذه الصورة : « حيرة على ما يأتى : » إذا ضمن البائع صلاحية المبيع لعمل مدة معلومة ثم ظهر خسران المبيع ، فعلى المشتري أن يخبر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان - كل هذا ما لم يتفق على غيره . فى هذه الصورة الأخيرة تقتصر تجربة المبيع على التثبت من صلاحية العمل لمدة معينة ، فإذا ظهر المبيع غير صالح لعمل - والحكم فى ذلك للخبراء - كان على المشتري أن يخبر البائع ، وفى المبيع من خلل فى مدة شهر من ظهور الخلل وأن يرفع دعوى ضمان فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار . يختلف هذا البيع إذن عن بيع التجربة ، إذ هو لا ينطوى على شرط فاسخ إذا تحقق الفسخ البيع من تلقاء نفسه ، بل لابد من فسخ البيع بالتقاضى أو بالتراضى . وسنعود إلى هذا البيع عند الكلام فى ضمان العيوب الخفية (انظر مايل فقرة ٢٨٠) .

ولا يتعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص (٢) .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى
السورى المادة ٣٩٠ - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٤١١ - وفي التقنين المدنى
العراقى المادة ٥٢٥ - وبقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناى المادة ٣٧٤
بند ٤ والمادة ٣٩٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٢ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب
ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً لفظياً فأصبح مطابقاً
للتقنين الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٥ في المشروع التامى . ووافق عليها مجلس النواب ،
فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧ - ص ٢٩) .
(٢) اختلف الفقه المصرى ، في عهد التقنين السابق ، فى بيع المذاق لانعدام النص . فذهب
فريق إلى أن المشتري حق المذاق فى كل الأشياء التى اعتاد الناس مذاقها قبل شرائها ، وفقاً للعرف
وتطبيقاً للمادة ٣١١/٢٤٥ مدنى سابق (جرائمولاى فترة ١٩٥) . وذهب فريق ثان إلى أن
بيع المذاق اندمج حكمه فى أحكام العلم بالمبيع ، لأن العلم بالمبيع علماً كافياً قد لا يتحقق إلا بالمذاق
(الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٧) . وذهب فريق ثالث إلى أن بيع المذاق اندمج فى بيع
التجربة المنصوص عليه فى التقنين السابق (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٧) .
والرأبان الأخيران لا يمكن الأخذ بهما ، لأن عدم العلم بالمبيع لا يمنع من انعقاد البيع أما شرط
المذاق فيحول دون انعقاده ، ولأن بيع التجربة يتعقد مطلقاً على شرط وبيع المذاق لا يتعقد قبل
المذاق . والرأى الأول هو الرأى الذى اختاره التقنين المدنى الجديد ، وقتنه فى المادة ٤٢٢ سالفة
الذكر ، فتعتبر هذه المادة مفسرة لأحكام التقنين المدنى السابق ويسرى حكمها حتى على العقود التى
أبرمت قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد (انظر فى هذا المدنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ -
ص ٦٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١
ص ٨٨) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٩٠ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى - أنظر
فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٣ - فقرة ٦٥) .
التقنين المدنى الليبى م ٤١١ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى العراقى م ٥٢٥ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .
(أنظر فى القانون العراقى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٥ - فقرة ٢٢٧ - والأستاذ
حسن الزبون فقرة ٨٩٠ - فقرة ٩١٤) .

٧٣ - كيف يعاقب البيع على شرط المزاج : يكون ذلك عادة بأن

يشترط المشتري على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشتري المبيع وقبله . وهذا الشرط قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف والملاسات . ومن أهم الظروف التي يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع ، فن للمبيعات مالا يدرك كنهه إدراكاً تاماً إلا بمذاقه ، وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والبيض ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التي تختلف بها أذواق الناس . فالمفروض أنه إذا بيع شيء من ذلك ولم تدل الظروف على أن المتبايعين أرادوا استبعاد شرط المذاق ، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المذاق ، فلا يتم إلا بعد المذاق وقبول المشتري للمبيع .

على أنه قد يتفق المتبايعان على استبعاد شرط المذاق حتى في المأكولات التي تقدمت الإشارة إليها ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف والملاسات . فإذا كان المشتري تاجراً يتجر في مثل هذه الأشياء ، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة ، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجاري المألوف ، وعلى أن ترسل إلى مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع ، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشتري عن شرط المذاق ، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصي دخل في الصفقة ، وقد اشترط الصنف الذي يريد وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع ، وإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بإرسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم . وكذلك إذا تم البيع على مرجب عينة ، فالمفروض أن المشتري قد ذاق العينة وأقرها ، وأن المبيع الذي يجيء وفق العينة يكون البيع باتاً فيه وأن اختلافه عن العينة يكون محل تقدير الخبراء (١) .

= تقنين الموجبات والمقود البناني م ٣٧٤ بند ٤ : يكون البيع : (١ : ٤٠٠٠) وأما على شرط المذاق .

م ٣٩٢ : إن البيع على شرط المذاق لا يعد تاماً مادام المشتري لم يقبل المبيع - (وأحكام التقنين البناني متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) أوبري ورر ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٢ - بودري وسبينا فقرة ١٦٠ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٥٢٦ .

٧٤ - كيف يتم المزايا - الزمان والمكان اللذان يتم فيهما :

يتم المذاق في الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان . فان لم يكن هناك اتفاق ، لا صريح ولا ضمني ، على الزمان والمكان ، اتبع عرف الجهة . فان لم يكن عرف ، فالمذاق يتقدم تسلم المشتري المبيع من البائع ، فيتم في المكان الذي يكون فيه التسليم ، ويسبق التسليم فوراً ، بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه إياه رضاه به وقبولا له بعد مذاقه .

والذي بذوق المبيع هو المشتري شخصياً (١) ، وله الحرية الكاملة في قبول المبيع أو في رفضه حسب ذوقه (٢) . فالبيع بالمذاق يختلف عن البيع بشرط التجربة في أن التجربة قد تكون لتبين صلاحية الشيء في ذاته وقد تكون للاستيثاق من مناسبة الشيء لحاجة المشتري ، أما المذاق فيتمحض في الاستيثاق من مناسبة الشيء لذوق المشتري . وحتى لو كان المشتري تاجراً واشترط مذاق المبيع ، فالعبرة بذوقه الشخصي ، وهو الذي يقرر - لا الخبراء - أي صنف يلائم عملاءه (٣) . وغنى عن البيان أن البائع يلتزم بأن يمكن المشتري من مذاق المبيع (٤) .

ولا بد من أن المشتري يعلن قبول المبيع بعد مذاقه وسكوته لا يكفي ، وهذا فرق آخر بين بيع المذاق وبيع التجربة (٥) . ولكن قبول المبيع قد يكون

(١) وقد يستأنس بذوق أجنبي وهذا نادر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٤) .

(٢) وإذا رفض المشتري المبيع ، لم يستطع البائع إجباره على اختيار صنف ، كما لا يستطيع هو إجبار البائع على أن يسلمه صنفاً آخر يلائم ذوقه الشخصي . أما إذا كان المشتري قد نزل عن شرط المذاق ، ورضى أن يكون الشيء من الصنف المألوف في التجارة أو من صنف معين ، فان البيع يكون قد تم ولا يكون مجرد وعد بالبيع ، فاذا لم يكن الشيء من الصنف المشترط استطاع المشتري إجبار البائع على تسليمه شيئاً من الصنف المشترط أو اشتراه على حسابه (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٣ - بودري وسينيا فقرة ١٦٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٥٢٥ ص ٥٣١ هامش رقم ٥) .

(٣) بودري وسينيا فقرة ١٥٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦٠ - ١٦١ وقارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٦ .

(٤) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ .

(٥) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٨٩ .

صريحاً وقد يكون ضمناً . ويستخلص القبول ضمناً ، كما قدّمنا ، من نسلم للبيع ، أو من وضع المشتري ختمه أو علامة خاصة على المبيع ، فهذا وذلك دليل على أنه ارتضى المبيع بعد أن ذاقه (١) .

٧٥ - التكيف القانوني للبيع بالتزاول : والبيع بالمذاق ليس بيعاً

معلقاً على شرط فاسخ ، بل ولا على شرط واقف ، وفي هذا يختلف أيضاً عن بيع التجربة . ذلك أن البيع بالمذاق ليس بيعاً آنسلاً ، بل هو مجرد وعد بالبيع . وهذا الوعد صادر من المالك ، وقد قبل الطرف الآخر التزم به وقبل البيع ذاته (٢) . فإذا ذاق المبيع وارتضاه ، فقد قبل البيع . وينتقد البيع من وقت هذا القبول ، فليس للقبول أثر رجعي كما له هذا الأثر في بيع التجربة (٣) . ومن ثم وأبنا المادة ٢٢٢ مدني تقول : « كان للمشتري أن يقبل البيع » . أما في البيع بالتجربة ، فتقول المادة ٢٢١ مدني : « يجوز للمشتري أن يقبل المبيع » . وهذا الفرق بين العبارتين نتيجة متفرعة عن الفرق بين العمليتين في طبيعتهما . فبيع التجربة بيع كامل وإن لم يكن باتاً ، ولذلك يقبل المشتري المبيع ، أما البيع فقد سبق له قبوله . وبيع المذاق ليس بيعاً كاملاً ، بل وعداً بالبيع ، ولذلك يقبل المشتري المبيع ،

(١) بودرى ومينيا فقرة ١٦٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦١ .

(٢) ولكنه قد التزم أن يلقى الشيء ، وهو بعد ذلك - في ر - (بلانيول وريبير وهامل ١٠

فقرة ٣٠٣ ص ٢٧٨ هامش رقم ٢) .

(٣) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد : « يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، لا في أن المشتري حر في القبول أو في ارتس في مدة يحددها الألتاق أو العرف فالأثنان حكمهما واحد في ذلك ، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقاً على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري لقبول دون أثر رجعي - فبيع المذاق ، قبل قبول المشتري ، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد : أنظر في هذا المدني التفتين الفرنسي ١٥٨٧ والتفتين الإيطالي م ١٤٥٢ والمشروع الفرنسي الإيطالي م ٣٢٦ والتفتين الثاني م ٣٩٢ - على أن هناك من التفتينات الأجنبية ما يعتبر بيع المذاق بيعاً معلقاً على شرط واقف : أنظر التفتين الإسباني م ١٤٥٣ والتفتين البرتغالي م ١٥٥١ والتفتين الهولندي م ١٤٩٩ والتفتين الأرجنتيني م ١٣٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨) .

أما الفقه في فرنسا فيميل إلى القول بأن بيع المذاق مجرد إيجاب ملزم للبائع ولكن لوحظ على هذا القول أن المشتري ملزم هو أيضاً بمذاق الشيء (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٢٧٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٤) .

ونرى من ذلك أن بيع المذاق إذا تم بيعاً بقبول المشتري للبيع - أى بقبوله
بعد وتحويله بيعاً بهذا القبول كما هو شأن الوعد بالبيع - فإن ملكية المبيع
تنتقل إليها من وقت هذا القبول . ويترتب على ذلك الأمور الآتية :

(١) إذا كان دائن البائع قد وقع حجزاً على المبيع قبل قبول المشتري للبيع ،
كان الحجز صحيحاً إذ وقع على شيء مملوك للبائع ، وجاز الاحتجاج بالحجز
على المشتري لو قبل البيع ، وهذا بخلاف بيع التجربة . (٢) إذا أفلس البائع
قبل قبول المشتري للبيع ، ثم قبل المشتري البيع ، فإنه لا يستأثر بالمبيع دون
سائر الدائنين ، أما في بيع التجربة فيعتبر مالكا من وقت البيع أى قبل الإفلاس
فيستأثر بالمبيع . (٣) إذا هلك الشيء قبل مذاقه ، هلك على البائع (١) .

٧٦ - الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة : والآن نستطيع أن

نلخص الفروق ما بين بيع المذاق وبيع التجربة (٢) فيما يأتى :

١ - المذاق ، بخلاف التجربة ، يراد به محض التثبت من ملاءمة الشيء
لذوق المشتري ، ولا يمكن أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته ،
فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء .

٢ - المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع ، أما التجربة فتكون
عادة بعد التسليم .

٣ - لا يكفي سكوت المشتري في بيع المذاق بل لابد من إعلان قبوله
للبيع ، وبكفى السكوت في بيع التجربة ويكون معناه قبول المبيع .

٤ - بيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، أما بيع التجربة فيعبر كامل معلق إما على
شرط واقف وإما على شرط فاسخ .

٥ - إذا وقع دائن البائع حجزاً على المبيع قبل قبول المشتري ، ففى بيع
المذاق ينفذ الحجز في حق المشتري ، وفي بيع التجربة لا ينفذ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٥ .

(٢) الأستاذ عبد انتاح عبد الباقي فقرة ٣٣ - أنظر في انتقاد إيراد بيع المذاق إل جانب
بي التجربة . وجوب التسوية من ناحية التشريع بين البيعين فيكون كل منهما بيعاً معلقاً على شرط
الأستاذ مصطفى الرزقي في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٦٥

٦ - إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري ، فني بيع المذاق لا يستأثر للمشتري بالمبيع ، وفي بيع التجربة يستأثر .

٧ - إذا هلك الشيء قبل قبول المشتري ، فني بيع المذاق يكون هلاكه دائماً على البائع ، وفي بيع التجربة يكون الهلاك على البائع إذا كانت التجربة شرطاً واقعاً وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً (١) .

٣٩ - بيع الوفاء

(vente à réméré)

٧٧ - النصرة القانونية : تنص المادة ٤٦٥ من القانون المدني على ما يأتي :

(١) والفقه الإسلامي يواجه كلاماً من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط ، وفي الفقه الإسلامي أيضاً البيع على سوم للنظر (المجلد م ٢٩٩) والبيع على سوم للشراء (المجلد م ٢٩٨) ، وهذان ليسا بيعين كاملين ، والأول منهما أقرب إل أن يكون مجرد إيجاب من البائع ، أما الثاني فأقرب إل أن يكون وعداً بالبيع فهو من هذا الوجه يشبه بيع المذاق . وهناك أيضاً في مذهب مالك خيار الثلاثة الأيام وخيار العام .

وقد سار القانون المدني العراقي على هدى الفقه الإسلامي ، فأورد إل جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق نصوصاً متعلقة بخيار الشرط على الوجه الآتي : م ٥٠٩ عراق : يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة . ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إل المشتري ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي . م ٥١٠ عراق : إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً ، فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع ، وإيهما أجاز سقط خيار الهيز وبين الخيار للآخر إل انتهاء المدة . م ٥١١ عراق : إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار ، لزم البيع . م ٥١٢ عراق : خيار الشرط لا يرث ، فإذا مات من له الخيار سقط خياره . م ٥١٣ عراق : في جميع حالات الخيار ، إذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ ، هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى .

أنظر في شرح خيار الشرط في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٦ - فقرة ٥٦ ، وهو ينتقد الجمع بين خيار الشرط وبين بيع التجربة وبيع المذاق . وأنظر في تفهيد هذا الانتقاد تفهيداً موقفاً الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٥ وفقرة ٢٢٧ . وظاهر أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، فلا ضير من هذا الجمع ، ويكون البيمان الأخيران صورتين خاصتين من صيغ خيار الشرط .

إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلا ، (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٣٣٨ - ٤٢١/٣٤٧ - (٢) .

(١) تاريخ النص : كان المشروع التمهيدى يشتمل على المواد من ١١٧ إلى ١٣١ ، وعلى نص يقرر بيع الوفاء وتنظمه تنظيمياً مفصلاً على الوجه الذى سار عليه التقنين المدنى السابق (أنظر نصوص هذه المواد وما يقابلها من نصوص التقنين المدنى السابق والمذكرة الإيضاحية المتعلقة بها في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٩٠ في مرامش هذه الصفحات) . قد سار المشروع التمهيدى في مراحله أمام لجنة المراجعة ، فجلس النواب ، حتى إذا وصل لجنة مجلس الشيوخ رأت هذه اللجنة إنهاء هذه النصوص والنص صراحة على أن بيع الوفاء يكون باطلا في المادة ٤٦٥ التي نحن بصدد ما ، ووافق مجلس الشيوخ على هذه المادة كما وصفتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٨٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٢١/٣٣٨ (معدلة بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٢) : حق استرداد المبيع أو الشرط الوقائى هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة في مقابلة المبالغ المنصوص عليها في المادة ٣٤٤ في المياد المتفق عليه . م ٤٢٢-٤٢٣ (معدلة بالقانون ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٢) : إذا كان الشرط الوقائى رداً به إخفاء رهن عقارى ، فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر له ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً . ويعتبر العقد مقصوداً به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات - ويجوز بكافة الطرق إثبات هكس ما فى العقد بدون التفات إلى نصوصه .

م ٤٢٤/٣٤٠ : بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للشترى على شرط الاسترداد ، بمعنى أنه إذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للشترى - وإما إذا سار نوبة شرط المذكورة ، فيعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع . م ٤٢٥ مختلط (مقابل لما فى الأهل) : إذا لم يشترط حق الاسترداد فى نفس عقد البيع ، فن صار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكاً بالثانى إلا من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد .

م ٤٢٦/٣٤١ : لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع مياد يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع ، وكل مياد أزيد من ذلك يصير تنزيله إلى خمس سنين (فى المختلط سنتان بدلاً من خمس) .

م ٤٢٧/٣٤٢ : المياد المذكور محتم بحيث يتعرب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق فى أى حال من الأحوال ولو فى حالة الغرة القاهرة .

وبقابل في التفنينات المدنية العربية الأخرى : في التفنين المدني السوري
المادة ٤٣٣ - وفي التفنين المدني الليبي المادة ٤٥٤ - وفي التفنين المدني العراقي
المادة ١٣٣٣ - وفي تفنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٧٣ - ٤٨٦ (١).

= م ٢٨ مخطط (لا مقابل لما في الأصل) : تطويل الميعاد المنقضي عليه بقره مقام بيع من
المشتري للبائع الأصل مطلق على شرط ، إذ يعتبر المشتري المذكور مالكاً للبيع ملكاً باتاً من يوم
البيع الأول إلى يوم تطويل الميعاد .

م ٢٩٢ : يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد من انتقل إليه المبيع ، ولو لم
يشترط الاسترداد في عقد الانتقال .

م ٢٤٤/٤٣٠ : لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشتري في الميعاد
المعين أن يزدي له على الفور الأشياء الآتية بيانها : أولاً - أصل الثمن . ثانياً - المصروفات
المرتبة في البيع والتي تقترب على استرداد المبيع . ثالثاً - المصاريف اللازمة التي صرفها المشتري
غير ما صرفه لصيانة المبيع ، ثم يزدي أيضاً ما زاد في قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التي
صرفها المشتري بشرط ألا تكون فاحشة .

م ٢٤٥/٤٣١ : عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع ، يأخذه خالياً عن كل حق وهرم
وضعه عليه المشتري ، إنما يلتزم البائع بتفنيص الإيجارات التي أجراها ذلك المشتري بدون غش بشرط
أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين .

م ٢٤٦/٤٣٢ : الاسترداد لا يقع إلا على نفس المبيع ، سواء كان المبيع ملكاً كاملاً
أو مشاعاً أو مقسوماً إلى حصص ، إلا إذا كانت تنحصر الاسترداد مقامة على ورثة المشتري بالنسبة
للحصص المشاعة بينهم أو المرسرة التي يملكها كل منهم .

م ٢٤٧/٤٣٣ : إذا كان المبيع بيع وفاء حصّة شائعة في عقار ، واشترى مشترها الحصّة
الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فله المشتري المذكور عند مطالبة بانه الأول
بإسترداد الحصّة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتأملها .

(١) التفنينات المدنية العربية الأخرى :

التفنين المدني السوري م ٤٣٣ (مطابقة لمادة ٤٦٥ من التفنين المدني المصري - أنظر في
القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٢٤٦ - فقرة ٢٥٣) .

التفنين المدني الليبي م ٤٥٤ (مطابقة لمادة ٤٦٥ من التفنين المدني المصري)

التفنين المدني العراقي م ١٣٣٣ : بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً .

(والتفنين العراقي كان يشتمل في مشروعه التمهيدى على نصوص - المواد من ٥٩٥ إلى
٦٠٥ - تقر بيع الوفاء وتفصل أحكامه باعتبار أنه بيع مطلق على شرط فاسخ عن نطق الفقه
الغربي . ولكن عند حراجة هذا المشروع حذفت هذه النصوص ، وتوسط التفنين العراقي بين
موقف الفقه الغربي من بيع الوفاء ويقره كما رأينا وبين موقف التفنين المصري وهو يبطله كما سبق
القول ، فجعل بيع الوفاء لا بيعاً صحيحاً ولا بيعاً باطلاً ، بل جملة رهناً حيازياً ، أي أنه وضع =
(الوسيط - م ١٠)

== قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن بيع الوفاء، رهن حيازي . وقد جرى التفنين العراقي في ذلك على تقاليد الفقه الإسلامي والمجلة ، نسج الوفاء هناك إنما هو رهن حيازي . ويجب التمييز في القانون العراقي بين بيع الوفاء والبيع المقترون بخيار شرط للبائع . فيبيع الوفاء بيع قصد به تأمين المشتري على ماله وتأمين ألبائع على استرداد الدين المبيعة بعد وفاء المشتري حقه ، وبأخذ حكم الرهن الحيازي ، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بل يبقى المبيع عنده تأمينا حتى يستوفى حقه من البائع ، أما البيع المقترون بخيار شرط للبائع ، فقد قصد به أن يكون للبائع فسخة من الوقت يتدبر أمره وينظر هل من مصلحته أن يجعل البيع بائنا أو أن يفسخه . فهو بيع صحيح لا رهن ، ينتقل ملك المبيع إلى المشتري تحت شرط فاسخ لأنه مقترون بخيار التروى أو خيار الشرط . وتكون المدة في خيار الشرط عادة مدة قصيرة ، إذ لا يحتاج البائع في التروى إلى وقت طويل . أما مدة الاسترداد في بيع الوفاء فتكون عادة مدة طويلة قد تصل إلى سنين عدة ، إذ هو قرض مفسون برهن حيازي كما سبق القول - قارن الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون المدني العراقي فقرة ٤١٨ - فقرة ٤١٩) .

تأنيين المرجبات والمقود المباني :

م ٤٧٣ : إن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفاي هو الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن . ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفاي أشياء منقولة وغير منقولة .

م ٤٧٤ : لا يجوز أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع وإذا اشترط ميعاد يزيد عليها أنزل إلى ثلاث سنوات .

م ٤٧٥ : إن الميعاد المذكور متعمم ، لا يجوز للقاضي أن يحل بإبطاله وإلا لم يتمكن البائع من استعمال حقه في الاسترداد لسبب لم يكن فيه مختاراً . أما إذا كان عدم استعماله هذا الحق ناشئاً عن خطأ من المشتري ، فانقضاء المهلة لا يحول دون استعماله .

م ٤٧٦ : إن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكاً للمشتري تحت شرط الوفاء ، بمعنى أن المشتري يبقى مالئاً له إذا لم يتم البائع بالشروط المتفق عليها لاسترداده . أما إذا قام بهذه الشروط ، فيعد المبيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع . وفي كل حال ينتفع المشتري بالمبيع كالمالك إلى أن تنتهي المهلة أو إلى أن يستعمل البائع حق الاسترداد مع مراعاة أحكام المادتين ٤٨٢ و ٤٨٥ ، فيحق له أن يحمي ثمار المبيع وأن يقيم كل دعوى مختصة به على شرط ألا يرتكب احتيالا .

م ٤٧٧ : يجري حق الاسترداد بأن يبلغ البائع إلى المشتري رغبته في استرداد المبيع ، ويجب عليه في الوقت نفسه أن يعرض رد الثمن .

م ٤٧٨ : إذا توفي البائع قبل أن يستعمل حقه في الاسترداد ، انتقل هذا الحق إلى ورثته ، فيستعملونه في المدة الباقية لموثرهم من المهلة .

م ٤٧٩ : لا يجوز للورثة أن يستعملوا حق الاسترداد إلا مجتمعين ، ولا أن يطلبوا سوى رد المبيع بحكمته . ويسرى هذا الحكم أيضاً فيما إذا باع عدة أشخاص بمقتضى عقد واحد شيئاً مشتركاً بينهم ولم يحل الكل منهم حقه في استرداد حصته .

وقد كان التقنين المدني السابق يتر بيع الوفاء وينظمه تنظيمًا مسهباً ، أما التقنين المدني الجديد فقد أبطله كما رأينا . فيحسن إذن أن نبحث بيع الوفاء : (١) في عهد التقنين المدني السابق ، إذ لا يزال موجوداً حتى اليوم ببيع وفاء أبرمت في عهد التقنين السابق فتسرى عليها نصوص هذا التقنين . (ب) في عهد التقنين المدني الجديد .

= م ٤٨٠ : يترز أن تقام دعوى استرداد المبيع على ورثة المشتري مجتمعين . أما إذا جرى توزيع التركة ودخل المبيع في حصة أحد الورثة ، فتقام دعوى الاسترداد عليه وحده بالمبيع كله .

م ٤٨١ : إذا أعلن إصرار البائع ، كان حق الاسترداد لـلـدائنين .

م ٤٨٢ : يحق للبائع وفاء أن يقدم دعوى الاسترداد على المشتري الثاني .

م ٤٨٣ : إن البائع الذي يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يعود إلى وضع يده على المبيع إلا إذا ورد : أولاً - انقضى نذرى قبضه - ثانياً - النفقات المفيدة بمقدار ما زادته في قيمة المبيع . أما فيما يختص بالنفقات الكالية ، فليس للمشتري سرى نزع ما أدخله على المبيع من التصدير إذا استطاع نزعها بلا ضرر . ولا يمكنه أن يطلب استرجاع المصاريف الضرورية ولا مصاريف الصيانة ولا نفقة جنى الثمار - ويجب على المشتري من جهة أخرى أن يرد : أولاً - المبيع وما ازداد فيه منذ عقد البيع - ثانياً - الثمار التي جناها منذ اليوم الذي دفع أو أودع فيه الثمن . وللمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا لم يرد ما يجر له ، ذلك كله مع الاستناد بالشروط المتفق عليها بين الطرفين .

م ٤٨٤ : إن المشتري مسئول من جهة أخرى عما يصيب المبيع من الضرر أو الهلاك بفعله أو بخطئه أو بخطاء الأشخاص الذين يكون مسئول عنهم . وكذلك هو مسئول عن التغييرات التي أدت إلى إحداث تبديل جوهرى في المبيع بخلاف لمصلحة البائع . غير أنه لا يسأل عما يصيب المبيع من جراء قوة قاهرة أو تغيير قليل الشأن ، ولا يحق للبائع في هذه الحال أن يطلب تخفيض الثمن .

م ٤٨٥ : إن البائع الذي يسترد ملكه بمقتضى حق الاسترداد يكتسب في الوقت نفسه الحق في محو قيود جميع الحقوق العينية والأعباء والرهون التي أنشأها عليه المشتري . غير أنه لا يزال يتفقد عقود الإيجار التي عقدها المشتري بلا احتيال ، على شرط ألا تتجاوز مدة الإجارة المهلة المنصوص عليها للاسترداد وأن يكون عقد الإيجار ذا تاريخ صحيح .

م ٤٨٦ : إذا كان المبيع ملكاً زراعياً واستعمل البائع حق الاسترداد في أثناء السنة الزراعية حق للمشتري إذا كان قد أتى البذار هو أو الذين أجبرهم أن يبق محذلاً للأقسام المزروعة حتى انتهاء السنة الزراعية ، وإلزاماً يلزمه أن يدفع ما يوجبه عليه العرف المحل من المدة الباقية من يوم الاسترداد إلى آخر السنة الزراعية . (وتقرّب أحكام التقنين اللباني في بيع الوفاء من أحكام التقنين المصري السابق) .

١ - بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق

٧٨ - بيع الوفاء والرهن : بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق

كان طريقاً من طرق التأمين ، يتجرد فيه المالك عن ملكه لدائه ، فيستلك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ ، ثم أن يرد البائع الثمن والمصره فأت الدائن ، فيفسخ البيع ويعود مع إلى ملك البائع بأثر رجعي . غالباً بيع الوفاء هو للمدين ، والمشتري وفاء هو الدائن ، ويتجرد الأول عن ملكه الثاني على أمل استرداده في المستقبل . أما في رهن الحيازة فلا يتجرد الرهن عن الملك بل عن الحيازة فقط ، وفي الرهن الرسمي لا يتجرد عن الملك ولا عن الحيازة . فظاهر أن الرهنيين بفضلان بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة . ولكن بيع الوفاء - من ناحية أخرى أهل أهمية - يمتاز على كل من الرهنيين . فهو يمتاز على رهن الحيازة بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري هلك عليه دون البائع ، أما إذا هلك العين المرهونة في يد المرتهن فانها تهلك على الراهن دون المرتهن . ثم إن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع ، أما المرتهن فله عدا حقه المبني على الشيء المرهون حتى شخصي بضمته جميع أموال الراهن . ويمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمي بهاتين الميزتين وبأنه لا حاجة فيه إلى ورقة رسمية والرهن الرسمي لا بد لانعقاده من هذه الورقة ، وبأنه يجوز في العقار وفي المنقول ، والرهن الرسمي لا يجوز إلا في العقار .

عن أن بيع الوفاء كثيراً ما يتخذ المتعاقدان ستاراً لإخفاء رهن حيازي (١) ليركشفا عنه كان غير مشروع . وينتفق ذلك في الفروض الآتية :

(١) يقصد المتعاقدان إبرام قرض ربما فاحش مضمون برهن حيازي ، فلا يكشفان عن هذا القصد لعدم مشروعيته ، بل يلجآن إلى بيع الوفاء ، فيبيع المدين من الدائن عيناً يبيعاً وفائياً ، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هي عبارة

(١) وبيع الوفاء في الفقه الإسلامي هو رهن لا بيع ، ولكنه يبيع للمشتري وبها تهرات المبيع وكان لا يملكها في الرهن إلا على سبيل الرخصة التي يجوز الرجوع فيها (انظر ابن هابدين جزء ٤ ص ٢٨١ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤٧ - فقرة ٢٥٠ وفترة ٢٥٣) .

عن الربا الفاحش (١). أو يشترط عليه المشتري (الدائن) إذا أراد استرداد العين أن يدفع ثمناً يكون أكثر من الثمن الذي قبضه ، والفرق ربا فاحش . (٢) يقصد المتعاقدان التخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن لنشيء المرهون إذا لم يف الرامن بالدين ، فاجأ إلى بيع الوفاء . فيتخذ الدائن المرتهن صمة المشتري وفاء ، ويستطيع بذلك أن يملك المبيع إذا لم يرد الرامن - وهو البائع وفاء - ما اقترضه وسماء ثمناً في بيع الوفاء . (٣) يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمسة الأفدنة ، فيسميان رهن الحياة بيع وفاء . فلا يحتاج الدائن (المشتري وفاء) إلى الحجز والبيع ، بل يملك المرهون (المبيع وفاء) بمجرد عدم قيام المدين (البائ) بسداد الدين .

وقبل قانون رقم ٥٠/٤٩ سنة ١٩٢٣ ، كان على القاضي ، إذا عرض عليه عقد موصوف بأنه بيع وفاء ، أن يفسر هذا العقد بحسب نية المتعاقدين الحقيقية ، فيعتبره بيع وفاء أو رهنًا ، ويجرى على كل عقد حكمه . ثم صدر هذا القانون قاضياً بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء ، إذا كان واقعاً على عقار ، ونين أنه رهن ، فإنه يكون باطلاً لا باعتباره بيع وفاء فحسب بل أيضاً باعتباره رهنًا . وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : « إن في إبطال عقود الرهن التي تكون في شكل بيع وفائي إبطالا تاماً الوصول إلى الغاية المطلوبة ، إذ من المؤكد أن الدائنين سيمتنعون من وصف عقود الرهن بصفة عقود بيع وفائي نظراً لما يترتب على هذا العمل من النتائج الخطيرة وإبطال العقد إبطالا تاماً . وعلى ذلك تكون هذه القاعدة بمثابة نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفاي الذي يتنوى على الرهن ، وإلا كان جزاء المخالف إلغاء كل أثر لعقده » . وقد جعل تشريع سنة ١٩٢٣ من القرائن على أن بيع الوفاء يستر رهنًا ، فيبطل كبيع

(١) وطبقاً لقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ - وسيأتي ذكره - يكون كل من بيع الوفاء والرهن باطلاً ، ويصبح المشتري دائناً عادياً به من موائد عن المبالغ التي دفعه ثمناً ، والاتفاق على الأجرة هو في حقيقته اتفاق على الفائدة ، فيجب إنزال الأجرة إلى الحد المسموح به قانوناً للفوائد الاتفاقية (نقض حدى ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٤٩) - وقد قضت محكمة استئناف أسيرط بأنه إذا باع شخص آخر عقاراً يبيعاً وفائياً ، ثم حكمت المحكمة بإبطاله سواء باعتباره عقد بيع أو باعتباره عقد رهن ، فإن حق المشتري في استرداد ما دفعه من الثمن لا يبتدىء حساب مدة سقوطه إلا من يوم صيرورة هذا الحكم نهائياً (١٣ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٥٧) .

وكرر من معاً ، اشتراط المشتري على البائع إذا أراد الاسترداد أن يرد مع الثمن موائده ، وذلك لأن المشتري وفاء يقبض ريع المبيع ، فاذا ضم إليه الفوائد كان هذا قرينة على الرضا الفاحش . وجعل من هذه القرائن أيضاً أن تبقى العين في حيازة البائع بأى سبب (١) . وهذه القرائن غير قاطعة ، فيجوز إثبات عكسها (٢) .

(١) والقرائن المذكورة في تشريع سنة ١٩٢٣ ليست واردة على سبيل الحصر . وقد صدرت أحكام كثيرة من القضاء الوطنى والقضاء المختلط في عهد التقنين المدنى السابق ، في شأن بيع الوفا الذى يستمر وقتاً وما يقوم من القرائن في هذا الصدد ، سواء قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ أو بعد صدوره .

ونذكر من أحكام القضاء الوطنى ما يأتى : استئناف وطنى ٣ يناير - ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ٦٦-١١ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١١ ص ٢٤٠-٨ يونيه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٨-١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٤-٣٠ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦ ص ١١-١٤ مارس سنة ١٩٢١ الحاماة ١ رقم ٩١ ص ٦٥- ٢٧ مارس سنة ١٩٢٣ الحاماة ١ رقم ١/١٧٧ ص ٢٤٥ - استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٥ الحاماة ٥ رقم ١/٥٠٥ ص ٦٠٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٧٢ ص ٧٧٤-٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٥٣٦ ص ٩٩٢-٩ مارس سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٣ رقم ٦٣٣ ص ١٢٤٣-٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٢ - استئناف أسبوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٨ - استئناف أسبوط ١٧ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٦٣ - استئناف أسبوط ٣ يونيه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٥٤٥ .

ونذكر من أحكام القضاء المختلط ما يأتى : استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٣١٧-٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٠-٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٤-٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣-٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٧-٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧-١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٩-٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٣١-٢٧ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٠٦-٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٣٠ ص ١٧٥- ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٣-٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٥-١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٥-٩ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٠-٥ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٤-٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٥-٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٠-١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩١-٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٨٣- ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩-٢٩ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٦-١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٣-١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٨-١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٧-١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦-٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٣-٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٥ .

(٢) وقد ورد ، كما رأينا ، في آخر المادة ٣٢٩/٣٣٢-٤٣٣ : من التقنين المدنى السابق =

أنه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما في العقد بدون التفات إلى نصوصه. وليس ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تجب في العقود المنطوية على غرض الإثبات بجميع الطرق. وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٣٩ من القانون المدني (السابق) تجوز لبائع أو يثبت بكافة الطرق، ومنها البيئة والقرائن، أن العقد لم يكن بيعاً باتاً، وإنما هو - على خلاف نصوص - يستر رهناً حيازياً. فإذا ادعى المشتري أن العقد الذي صدر منه في صورة بيع لم يكن إلا استئانة بفائدة ربوية مضمونة برهن زائعي أفرغ في قالب بيع بات اقترن به تأجير العين له، وكذلك إيراد من القاعد معه برد العين إليه في الأجل المحدد وبالقائمة المنفق عليها في العقد، ثم استند بحكمة الدرجة الأولى بدعواه وبينت الأدلة والقرائن التي استندت إليها، ولكن محكمة الاستئناف - رغم تحسكه بدعواه هذه وطلب إجراء التحقيق لإثباتها - لم تأخذ بها، متعلقة في قضائها بأن شرط أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد، وإلا فلا يمكن إثبات عكس الوارد - بنظر الكتابة - فتضاوماً بذلك مخالف لحكم المادة ٣٣٩ سابقة الذكر (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٣٠) مجموعة عمر ٢ رقم ٣٧ ص ١٠١). وقضت أيضاً بأنه يجوز لبائع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد، وإن كان بحسب نصوصه الظاهر بيعاً باتاً، فإنه في حقيقة الأمر يستر رهناً حيازياً. فإذا كان الحكم قد استخلص من شبه الشهود الذين سمعهم المحكة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوال أربع سنوات إنما ينصب على هذا العقد، واستنتج من عباراته أن الطرفين في ذلك العقد إنما قصدا به في الحقيقة أن يكون ساتراً برهن حيازى، فإنه لا يكون قد أخطأ. إذ يمكن في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة - نسبة التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما. وإذا كانت الأوراق المختلفة على تكييفها - على هي ورقة ضد من العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبائع - مذكوراً فيها أنه إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد وإن تعلق على شرط فاسخ. وإذا فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسويع عبارتها، وليس فيه مسخ لدلولها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) - وانظر أيضاً: نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤١ ص ٢٢٩). وبقائه حيازة العين في يد البائع، إذا كانت تد قرينة قانونية طبقاً لتشريع سنة ١٩٢٣ - فإنها كانت تصلح قرينة قضائية قبل هذا التشريع (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص ٩٣). وكون الثمن المدفوع لا يتناسب مع الثمن الحقيقي يصلح قرينة على الرهن (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٧ - ١٠٢٨ يوربه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٥ ص ٩٤٢). ولو فسح الإيجار بناء على طلب المشتري واسترد المشتري العين كالك، فهذا لا يمنع من كون التصرف يستر رهناً باطلاً، ولا حجة فيما قاله المشتري من أنه وضع يده كالك لا كرهين بعد الفسخ (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢ ص ٩).

٧٩ - دوراه في بيع الوفاء : ويمر بيع الوفاء على دورين : الدور الأول عند انعقاد البيع ، ، والدور الثاني عند استعمال حق الاسترداد .

أولاً - عند انعقاد بيع الوفاء :

٨٠ - أركانه بيع الوفاء : هي أركان أي بيع آخر ، رضا المتعاقدين والمبيع والثمن ، ولا يشترط التسليم (١) . وهو بيع معلق على شرط فاسخ ، هو أن يبيع البائع إلى المشتري المبالغ التي يتفق عليها - وهي غالباً الثمن والمصرفات -

= ويؤخذ من ظاهر عبارات محكمة النقض في حكم حديث لما أنها تعتبر القرائن الواردة في تشريع سنة ١٩٢٣ قرائن قانونية قاطعة . فقد قضت بأن بيع الوفاء ، قبل تعديل المادة ٣٣٩ مدني (قديم) ، كان قد اتخذ لسر بعض التصرفات القانونية الممنوعة ، مما حدا بالمشروع لإصدار القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ مدني المادة ٣٣٩ مدني قديم ، فكانت تنص على بطلان بيع الوفاء الذي يقصد به إخفاء رهن وأنه لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً ، وأن انعقد يعتبر مقصوداً به إخفاء رهن إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأي صفة من الصفات . والفني يبين من الباعث على تعديل المادة ٣٣٩ مدني ومن المذكرة التفسيرية الخاصة بهذا التعديل أن المشرع إنما أورد هذه القرينة كقرينة قاطعة للاستدلال بها على حقيقة المقصود بالعقد وأنه يستر رهناً . ويؤيد هذا النظر اتجاه المشرع إلى إلغاء البيع الوفاي نهائياً في القانون المدني الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت القرينة ليست قاطعة وأحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٧ ص ٣١٩) . ولكن يبدو أن محكمة النقض إنما تأخذ على الحكم المطعون فيه أنه لم يستدل بقرينة بقاء العين في حيازة البائع ، وكان من شأن هذه القرينة أن تمنى البائع من عبء الإثبات ، وتلقيه على عاتق المشتري ليثبت هو بالرغم من وجود هذه القرينة أن العقد حقيقة بيع وفاء لا رهن . فضلاً عن ذلك ، أتى الحكم المطعون فيه عبء الإثبات على البائع . يثبت أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن . وهذا لا شك خطأ في الحكم المطعون فيه يبرر نقضه ، ولكن ليس هذا معناه أن القرينة القانونية إذا وجدت لم يجر إثبات عكسها . بل إن الواجب في القضية التي نحن بصدد حلها أن نحال الدعوى إلى التحقيق ، ولكن لا يثبت البائع أن العقد هو في حقيقته رهن ، بل يثبت المشتري أن العقد بالرغم من وجود القرينة القانونية على أنه رهن هو في حقيقته بيع وفاء . فإذا خلا بيع الوفاء من القرائن القانونية ، كان على البائع الذي يدعي أن البيع الوفاي يخفى رهن أن يقيم هو الدليل على ذلك (نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢١ ص ٨٤٧) ، ومن حقه أن يجاب إلى طلبه إذا هو طلب إثبات أن بيع الوفاء يخفى رهن (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٢ ص ٢٥٩) .

(استئناف وطني ٣ يناير سنة ١٩٥٥ المحقوق ٢٠ ص ١٣٥) .

في مدة معينة . فإذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن ، ورجع المبيع إلى ملك البائع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلاً .

وحتى يعتبر هذا الشرط صحيحاً يجب توافر أمرين : (١) أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ولو لم يكن مذكوراً في عقد البيع ذاته ، فالمعاصرة الذهبية تكنى (١) . فإذا تخلف الشرط عن عقد البيع ، فإن البيع يتعقد باناً ، ويكون الشرط اللاحق إما وعداً بالبيع أو بيعاً معلقاً على شرط واقف تبعاً لنية المتعاقدين . وتكييف الشرط اللاحق بأنه بيع معانٍ على شرط واقف هو الذى تنص عليه المادة ٢٥٥ مدنى مختلط إذ تقول : « إذا لم يشترط حق الاسترداد في العقد نفسه فمن يكسب هذا الحق لا يعود مالكاً إلا من يوم اشتراطه هذا الحق » . ولا نظير لهذا النص في التقنين الوطنى السابق ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ولنية المتعاقدين . (٢) ألا تزيد المدة التى يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات في التقنين الوطنى ، وعلى سنتين في التقنين المختلط . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي :

٨١ - مفقود كل من المشتري والبائع : يصبح المشتري ، بعد تسجيل

بيع الوفاء إذا كان المبيع عقاراً ، مالكاً للمبيع تحت شرط فاسخ ، وله أن

(١) نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ من ١٠٢ وهو الحكم السابق الإشارة إليه . يمكن في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة الفنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما) - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٧ (ورقة ضد تحمروت في يوم العقد البات) . ويخلص من ذلك أنه ليس من الضروري أن يكون عقد البيع ذاته هو الذى يثبت شرط استرداد العين المبيعة . وقد قضت محكمة النقض أنه ليس صحيحاً القول بأن اشتراط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بمقد البيع نفسه وإلا اعتبر وعداً بالبيع ، فإن المادة ٣٣٩ مدنى (سابق) تحيز البائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البيئة والقرائن أن العقد لم يكن بيعاً باناً وإنما هو على خلاف نصرة يستمر رهناً حيازياً (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ من ٨٧ - وانظر أيضاً : نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٥ من ٣١٨ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٤ من ٢٦٣ - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧) . وقضت محكمة النقض كذلك بأن إثبات أن عقد البيع قصد به إخفاء رهن مقترن بفوائد ربوية يجرمها القانون مراعاة لنظام هو أمر جائز بكافة الطرق ، سائر مقتضى عقد البيع الظاهر بأنه بات أم وفائى (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٣ من ١٦٠٢) .

يتصرف فيه ولكن يكون تصرفه معلقاً على هذا الشرط . فله أن يبيع وأن يهب وأن يرهن ، فإذا تحقق الشرط فسخت كل هذه التصرفات . ويستطيع أن يظهر المقار بما عليه من الرهون ، ويبقى هذا التصرف نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ . وله أن يطلب الأخذ بالنفقة (١) ، ويبقى تصرفه هذا أيضاً نافذاً ولو تحقق الشرط . وله من باب أول أن يقوم بأعمال الإدارة ، كأن يؤجر العين ، ويكون إيجاره نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ وردت العين إلى البائع ، ويلتزم هذا بتنفيذ الإيجار إذا كان ثابت التاريخ ووقع دون غش ولم تجاوز مدته ثلاث سنوات (٣١/٣٤٥ مدني سابق) . وإذا كان بيع الوفاء صادراً من غير مالك ، فإن كان المبيع منقولاً ملكه المشتري إذا كان حسن النية بموجب الحيازة ، وللمالك الحقيقي أن يستعمل حق الاسترداد . وإذا كان المبيع عقاراً ، أمكن المشتري أن يملكه بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية ، وللبائع حسن النية إذا استرد المبيع أن يضم مدة حيازة المشتري إلى مدة حيازته إذا اقترنت بسبب صحيح لأن المشتري يعتبر حائزاً لحسابه (٢) . أما إذا كان المشتري سيئ النية ، فإنه لا يملك المبيع إلا بالتقادم الطويل ، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً ، وله أن يضم مدة حيازة البائع ، فإذا ملك المبيع بالتقادم بقي للبائع حقه في الاسترداد .

ويصبح البائع مالكا تحت شرط واقف . فإذا تصرف المشتري في المبيع ، ثم تحقق الشرط ، عادت الملكية إلى البائع بأثر رجعي ، وأمكن هذا أن يسترد المبيع ممن تصرف له المشتري . ويستطيع البائع أن يتصرف في ملكيته للمعلقة على شرط واقف وأن يرهنها خاضعة لهذا الشرط (٣) ، فإذا كان المبيع عقاراً وجب التسجيل أو القيد . وللبائع فرق ذلك حق شخصي في ذمة المشتري ، يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع في مواجهته ، حتى لو انتقل إلى يد أجنبي .

(١) نفق مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النفق ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٦٣٦ - الاستاذ أنور سلطان ص ٣٧٥ هامش رقم ١ .

(٣) استئناف غنط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٦ .

ثانياً - عند استعمال حق الاسترداد :

٨٢ - من يستعمل حق الاسترداد وضد من يستعمل وعلى أى

شئ ويقع : الذى يستعمل حق الاسترداد هو البائع ، وورثته من بعده ، ومن انتقل إليه حق البائع أى خلفه الخاص (١) . ولدائى البائع ، إذا كان هذا معسراً ، أن يستعملوا حقه باسمه وقتاً لأحكام الدعوى غير المباشرة (٢) .

ويستعمل حق الاسترداد - ضد المشتري أو ورثته من بعده . ويجوز أيضاً استعماله ضد المشتري من المشتري (أى الخلف الخاص) ، إلا إذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري الثانى حسن النية فانه يملك المبيع ملكاً باتاً ويبقى للبائع أن يرجع بتعويض على المشتري . أما إذا كان المشتري الثانى يعلم شرط الاسترداد أو كان المبيع عقاراً ، فانه يجوز للبائع أن يسترد منه المبيع ولا يدفع إلا الثمن المتفق عليه بينه وبين المشتري الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشتري الثانى ، ويرجع هذا على البائع له - أى على المشتري - بالفرق . أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشتري الثانى أقل ، فانه يسترد من البائع الثمن الأكبر ، ولا يرد الفرق إلى المشتري لأنه تلقى عنه حقوقه بالثمن الذى دفعه له . ويلاحظ أن استرداد البائع من المشتري الثانى يكون بموجب دعوى عينيه هى دعوى الاستحقاق ، إذ يرجع المبيع إلى ملك البائع باستعمال حق الاسترداد . وقد تقدم أن للبائع عدا هذا دعوى شخصية قبل المشتري الأول ، وتظهر فائدتها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز عرض ثمن المبيع وفائياً على المشتري من أحد الورثة من مال الورثة جميعاً ، ويكون الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم . ولما كان حق الاسترداد محزولاً أصلاً للبائع ولورثته ، فانه يجوز استعماله لمن يقرم مقام الورثة وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه . وإذا فنى كان ورثة البائع وفائياً قد باعوا العين إلى شخص ورفضوا الدعوى بطلب استرداد هذه العين من المشتري وفائياً ، ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محفظين بحقوقهم فى الثمن المودع ، فإن الحكم إذ قبل تدخل المشتري من الورثة منضماً إلى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

(٢) وفى القانون الفرنسى للمشتري إلزام الدائنين بتجريد البائع من أمواله الأخرى قبل استعمال حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٤ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زك فقرة ٤٨٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٨) .

في حالتين: (١) إذا كان البائع ليس متأكداً من أن المبيع تحت يد المشتري الثاني، إذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الثاني، وهو لا يعلم أين ذهبت أنعين، فخير طريق يسلكه هو أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الأول بموجب حقه الشخصي فيضمن أن يكون استعماله لحق الاسترداد صحيحاً. (٢) إذا كان المبيع منقولاً وقد ملكه المشتري الثاني حسن النية بالحيازة، فلا يستطيع البائع في هذه الحالة أن يرفع عليه دعوى الاسترداد، ولا يبقى له إلا الرجوع بتعويض على المشتري الأول بموجب حقه الشخصي، وقد تقدم ذكر ذلك

ويقع الاسترداد على نفس المبيع، سواء كان ملكاً كاملاً أو حصة مشاعة أو حصصاً مقسومة (م ٣٤٦/٣٣٢ مدني سابق). ولكن لهذه القاعدة استثناءات.

١ - فقد يتعدد البائع، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً. فإذا كان البيع بعقد واحد وبشمن واحد، جاز للمشتري أن يطلب من البائعين جميعاً أن يتفقدوا فيما بينهم على استرداد كل المبيع أو لا يستردون شيئاً. ولا بد من اتفاق الجميع على الاسترداد، فلو عرض أحدهم أن يسترد كل المبيع لنفسه لم يجبر المشتري على إجابة هذا الطلب إلا إذا نزل باقي البائعين للبائع الذي يريد الاسترداد عن حقهم فيه. أما إذا لم يستعمل المشتري حقه في طلب اتفاق البائعين على الاسترداد، فكل بائع لا يسترد نصيبه، وبذلك ينقسم حق الاسترداد (انظر المواد ١٦٦٨ - ١٦٧٠ من قانون فرنسي، وهي مجرد تطبيق للقواعد العامة).

٢ - وقد يتعدد المشتري، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً. فيستطيع البائع أن يستعمل حقه في الاسترداد ضد كل واحد منهم بقدر نصيبه (١). أما إذا وقع المبيع كله في نصيب أحد الورثة، استعمل

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الاسترداد لا يقع - بحسب الأصل - إلا على المبيع كما هو، فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدني (السابق) قد استثنت الحالة التي تترتب فيها دعوى الاسترداد «مقابلة على ورثة المشتري بالنسبة إلى الحصة المشاعة بينهم أو المفروزة التي يملكها كل منهم». وهذا لا يصح منه القول بأن توجيه العرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يعتبر توجيهها إلى الباقيين. وإذا كان البائع عند وفاة المشتري أن يجزئ دعوى

البائع حقه في الاسترداد ضد هذا الوارث بالنسبة إلى كل المبيع . ويتبقى سائر الورثة كل منهم مسئولاً بدعوى شخصية بمقدار نصيبه ، وذلك فيما إذا تعلل استرداد الشيء المبيع من تحت يد الوارث الذي وقع في نصيبه كل المبيع بأن كان مثلاً منقولاً وملكه مشتركان حسن النية بالخيازة . وليس للورثة أو للمشتريين أن يطلبوا من البائع استرداد كل الشيء المبيع كما في حالة تعدد البائع ، بل يتقسم هنا حق الاسترداد حياً (م ٣٤٦ / ٣٣٢ مدني سابق وم ١٧٢ مدني فرنسي) .

٣ - ونقضي المادة ٣٤٧ / ٣٣٣ مدني سابق (أنظر ١٧٦٦ مدني فرنسي) بأنه إذا كان المبيع بيع وفاء حصّة شائعة في عقار ، واشترى مشترها الحصّة الباقية من الكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فالمشتري المذكور عند مطالبة بآئنه الأول باسترداد الحصّة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها . ذلك أن المشتري وفاء قد اضطر ، لحفظ الحصّة المشاعة التي اشتراها ، أن يشتري حصّة الشريك . فلزم البائع أن يستردّها مع الحصّة المشاعة وأن يرد إلى المشتري الثمن الذي دفعه للشريك . ولكن للمشتري أن يحتفظ بما اشتراه في طلب المقاسمة وأن يرد للبائع الحصّة المشاعة التي اشتراها منه فقط . فإذا لم يشتري المشتري وفاء حصّة للشريك عند طلب القسمة ، بل بيعت كل العين لهذا الشريك أو لأجنبي ، فثمن الحصّة المشاعة المبيعة وفاء هو الذي يستعمل فيه حق الاسترداد (١) . ويلاحظ أنه إذا كان المشتري وفاء هو الذي طلب القسمة ، فليس له أن يطالب البائع إلا باسترداد الحصّة التي اشتراها منه ، وإذا خرجت العين من يده نتيجة للقسمة لم تسر القسمة في حق البائع وفاء بل له أن يسترد حصّة المبيعة من يد من انتقلت إليه ، وله دعوى شخصية ضد المشتري وفاء كما قدمنا .

= الاسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين ، فإن القول بأنه عند تجزئة الدعوى تعتبر الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون قولاً غير صديد (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٠٤ ص ٧٠) .

(١) بودري وسبينا فقرة ٦٥٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٦ - قازن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٧٨ .

٨٣- متى يستعمل من الاسترداد : الحد الأقصى للمدة التي يجوز

أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات (١) . فإن اتفق المتعاقدان على أقل من هذه المدة ، مرى ما اتفقا عليه . وإن اتفقا على أكثر ، أنقص ما اتفقا عليه إلى خمس سنوات (٢) . وإن سكنا عن تعيين المدة ، اعتبرت المدة خمس سنوات (٣) . والمدة تحسب بالظوم المجري ، بحسب المتبع في عهد التقنين المدني السابق . وتبدأ من وقت البيع (٤) ، ولا يحسب يوم البيع وبحسب يوم الاسترداد ، وتحسب أيام الأعياد ، أو انتهى بها الميعاد ، لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب (٥) .

وتنص المادة ٤٢٧/٣٤٢ مدني سابق على أن « الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أي حال من الأحوال ولو في حالة القوة القاهرة » . فإذا انقضى الميعاد ولم يستعمل البائع حقه في الاسترداد ، أصبح بيع الوفاء الذي كان معلقاً على شرط فاسخ بيعاً باتاً ، وأصبح المشتري مالِكاً للمبيع ملكاً باتاً منذ البيع لا منذ انقضاء المدة فحسب (٦) ، فأصبحت جميع تصرفاته في البيع باطة

(١) وفي التقنين المختلط سنن ، وفي التقنين المدني الفرنسي خمس سنوات .
(٢) وقد قضت محكمة الإستئناف الوطنية بأن العقد الذي يظهر من روايته أنه بيع وفائي باستكناه أوضاع البيع الوفاي تسرى عليه الأحكام المختصة بذلك ، ولا يصح اعتباره بيعاً تحت شرط أحقية البائع في الفسخ في أي وقت أراد . فإذا عين في العقد المذكور ميعاد لاسترداد البائع العين المبيعة أكثر من خمس سنوات ، وجب تنزيل الميعاد إلى خمس سنوات . وحق الرجوع في البيع إما أن يكون مطلقاً بلا قيد وإما أن يكون مقيداً بشرط فاسخ ، وفي جميع هذه الأحوال لا يعرف إلا ببيع وفائي ، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الرجوع خمس سنوات (٤ مايو سنة ١٩٠٥ المرقوم ٢٠ ص ١٧٠) .

(٣) أوربي ورد ، فترة ٣٥٧ ص ١٦٦ - الأستاذ أنور سلطان فترة ٣١٩ .
(٤) أو من وقت تحقق الشرط الواقف إذا كان بيع الوفاء معلقاً أيضاً على شرط واقف .
(٥) الأستاذ أنور سلطان فترة ٣١٩ .

(٦) استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٤١ - فإذا كان بيع وفائي لم يسجل ، ثم أصبح باتاً على النحو المشار إليه ، جاز للمشتري رفع دعوى صحة التعاقد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع بيعاً وفائياً لم يستعمل حقه في استرداد المبيع في الميعاد المنقضي عليه ، عرج المشتري - بعد فوات مدة الاسترداد - دعوى صحة تعاقد على اعتبار أن هذا =

وعلى العكس من ذلك تزول ملكية البائع بأثر رجعي منذ البيع ، وزول جميع تصرفاته وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن هذا كله كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق الشرط .

أما المتعاقدان فيستطيعان باتفاق لاحق مد الميعاد إذا كان أقل من الحد الأقصى بحيث لا يتجاوز المدة بعد المد هذا الحد . وإذا اتفق المتعاقدان في البداية على مدة معينة ، ثم مدعاها ما ذلك ، فإن كان الاتفاق على الحد قبل انتهاء المدة الأولى فالحكم ما تقدم ، وإن كان بعد انتهاء المدة الأولى أمكن تفسير ذلك بأن بيع الوفاء أصبح بائناً بانتهاء المدة الأولى وأن المتعاقدين اتفقا بعد ذلك على بيع معلق على شرط واقف وحدد لتحقيق الشرط مدة هي مقدار ما مد من الأجل (م ٢٨٨ مخطط (١) . ولا يجوز في حجة الأحوال أن يفرض الارق على مد المدة بحقوق الغير (٢) . فإذا فرض أن المدة المذكورة أولاً هي سنتان ،

البيع بات . تبينت المدة من بحثها واتمة تخلف شرط الاسترداد . المدة المحددة في سترداد قد انقضت بغير أن ينفذ هذا الشرط ، فإنه يكون لها أن تقضى به . من اعتبار أن العقد أصبح بيعاً بائناً ، إذ هذا التحول في طبيعة العقد يتم حكمه بحكم القضاة بمجرد تخلف الشرط (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٣ من ٥٥٦) . هذا ولا يوجد ما يمنع ، حتى قبل أن يصح بيع الوفاء بائناً ، من أن يطلب المشتري تسجيله على اعتبار أنه لا يزال بيع وفاء ، فيرفع دعوى صحة التعاقد على هذا الأساس .

(١) كولان وكابيتان ٢ ص ٥٥٤ - ويذهب رأي إلى أن شرط المد يعتبر وعداً من جانب المشتري بإعادة بيع المبيع للبائع ، ومن ثم لا يكون له أثر رجعي ، ولا يفرض بحقوق الغير المسكوبة في الفترة بين المد والاسترداد (الأستاذ أحمد نجيب الخلال وحامد زكي فقرة ٨٧ ص ٤٩٥) .

وقد قررت محكمة النقض جواز مد المتبايعين للأمر في عبارات يؤخذ عليها إغراقها في الإطلاق ، وكانت في حاجة إلى شيء من التقييد . فقضت بأن المادة ٢٤٢ مدني (قديم) وإن منعت المحاكم من مد الأجل المحدد من الاسترداد ، فإنها لم تحل دون اتفاق المشتري مع البائع على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كلياً بالتنازل عن صيرورة البيع بائناً نهائياً ، أو جزئياً بمد الأجل المحدد للاسترداد . والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الأجل المحدد أولاً للاسترداد ، كما هو جائز بعد فواته ، دون أن يؤثر ذلك في طبيعة العقد وكونه قصد به أن يكون عقد بيع وفائي (نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٣ ص ٦٥٥ - وانظر في انتقاد هذا الحكم الأستاذ سليمان مرقس ص ٤٢٦) .

(٢) ويجب تسجيله حتى يحتج به على الغير الذي كسب حقا بعد الاتفاق على المد (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ ص ٣٦٦) .

ون غصرون السنة الأولى رتب المشتري وفاء وهنا على العقار المبيع ، ثم انفق مع البائع قبل انتهاء الميعاد على مده سنة ثالثة ، فان الرهن يصبح باتا بانقضاء السنتين ، لأن الدائن المرتين كسب حقه معلقاً على شرط فاسخ يجب أن يتحقق في هذه المدة ، فاذا انقضت ولم يتحقق صار حقه باتا . أما إذا كسب دائن آخر وهنا على العقار بعد مد الميعاد ولو قبل انتهاء السنتين ، فالميعاد الثاني المأدود هو الذى لا يسرى الميعاد الأول (١) .

٨٤ - كيف يستعمل من الاسترداد : في فرنسا اختلف الرأى في استعماله . ففريق يذهب إلى أن البائع يستعمل حقه في الاسترداد بعرضه الثمن والمصروفات على المشتري عرضاً حقيقياً ، وفريق ثان يذهب إلى جواز الاقتصار على العرض الفعلى دون العرض الحقيقى ، وفريق ثالث يذهب إلى عدم ضرورة للعرض إطلافاً ويكفى إظهار البائع للمشتري استعداده أن يدفع له فوراً الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته في استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات . وبهذا الرأى الأخير يأخذ انقضاء في فرنسا ، ويزيد عليه أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقاً على شرط رائف ، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشتري فعلاً الثمن والمصروفات ، فان لم يردّها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشتري ملك المبيع باتا ويأمن بذلك مزاحمة دائنى البائع .

أما في مصر فالقضاء والفقه يذهبان إلى الأخذ بهذا الرأى الأخير ، وإلى أن مجرد إظهار البائع استعداده لدفع الثمن والمصروفات كاف (١) . ولكن يحسن

() الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧ .

(٢) استئناف مغلط ١٧ يناير سنة ١٨٨٩ م ص ٣٤٣ - ١٩ أبريل سنة ١٨٩٤ م ص ٢٣٧ - قنا الاستئنافية ١٩ سبتمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١/٤٥ ص ٩٢ - السطة ١٨ سبتمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٠٦ - جرائم ولان فقرة ٢١٢ - دى هلبس ٤ لفظ vente فقرة ٢٩٩ - الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٧٨١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب إلى جانب إبداء الرغبة دفع الثمن فعلاً في الميعاد لوضوح من المادة ٢٣٨ مدنى المعدلة بأنشائون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، ولا محل بعد هذا لتعديل الاستناد على عبارة المادة ٣٤٤ مدنى تقول بغير ذلك ، لأن المادة الأخيرة في الواقع إنما وضعت خاصة =

إذا أخذ بهذا الرأي ، التمسى مع القضاء الفرنسى فى أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقاً على شرط واقف هو الدفع الفعلى ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع بائناً لعدم الاسترداد ، وبذلك يخلص للمشتري ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دائنو البائع (١).

٨٥ - استمار الترتيب على استعمال هو الاسترداد : ترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد النتائج الآتية :

أولاً - ينفسخ بيع الوفاء ويعتبر كأن لم يكن ، فتفسخ تصرفات المشتري وفاء فى المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط (٢) ، وتنفذ كل تصرفات البائع وقد كانت معلقة على شرط واقف فتحقق الشرط أيضاً .

ثانياً - يصبح البائع مديناً بما يأتى : (١) أصل الثمن . ولبس من المحم أن يكون الثمن الذى يرده البائع هو نفس الثمن الذى دفعه المشتري ، وإن كان هذا هو الذى يقع غالباً . ولكن قد يتفق المتعاقدان أن البائع يرد ثمناً أكثر أو أقل ،

= لبيان ما يجب على البائع دفعه فوراً (٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية رقم ٢٠) . وأنظر أيضاً فى هذا المعنى الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٥٠٠ .
واسترداد البائع المبيع إذا كان عقاراً يكن فيه التأثير فى هامش تسجيل عقد بيع الوفاء ، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التأثير بل يسترد البائع نصف الرسوم النسبية التى دفعت عند تسجيل بيع الوفاء ويردها البائع للمشتري . أما إذا أصبح بيع الوفاء بائناً ، ثم انقضى المتبايعان على شرط جديد للاسترداد ، فلا بد عند الاسترداد من تدبير جديد ، ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد الجديد قد اعتبر بيعاً معاداً من واقف أو وعداً بالبيع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٦ ص ٤٣٤) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٦١ ص ٤٤٠ - وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدفوع الجديد - وهو يقر بيع الوفاء وينظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً (م ٢/٦٢٢ من المشروع) يقول : « ويجوز للمشتري أن يحدد للبائع ميعاداً يلزمه فيه أن يعرض المبالغ المنصوص عليها فى اعقبة السابقة عرضاً حقيقياً ، فإذا انقضى الميعاد ولم يقدم البائع بذلك اعتبر فسخ البيع الذى ترتب على استعمال حق الاسترداد كأن لم يكن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ فى الهامش) .

(٢) وذلك فيما عدا التطهير والأخذ بنشفة وإيجار على النحو الذى قدمناه (أنظر آنفاً فقرة ٨١) .

إلا أنه في حالة اشتراط رد ثمن أكثر يكون هذا موجباً للشك في أن العقد رهن برئاً فاحشاً . وليس على البائع رد فوائد الثمن ، فان المشتري قد استغل المبيع مدة البيع الوفاً ويترجم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والريع . بل إن اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن . (٢) المصداقات المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع . فيرد البائع للمشتري رسوم التسجيل ، ويتحمل مصروفات الاسترداد من نقل المبيع والتأشير على هامش التسجيل وغير ذلك . (٣) المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري غير ما صرفه في صيانة المبيع ، وكذلك في المصروفات النافعة يرد أقل القيمتين ما صرف فعلاً وما زاد في قيمة المبيع . ويشترط في المصروفات النافعة ألا تكون فاحشة ، فقد يعتمد المشتري تحمين المبيع تحميماً يعجز البائع عن رد مصروفاته ، ففي هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها وعلى المشتري أن يرد الشيء إلى أصله وينزع منه ما زاد عليه من بناء أو غراس أو غير ذلك (١) .

وليس للمشتري حق امتياز على المبيع ، لأن الاسترداد فسخ للبيع الأول وليس بيعاً جديداً ، ولكن يستطيع المشتري أن يعتبر الاسترداد كأن لم يكن إن لم يثبت الديون المتقدم ذكرها على الرأي الذي نذهب إليه . وللمشتري على كل حال حبس المبيع حتى استيفاء هذه الديون .

ثالثاً - يصبح المشتري مديناً برد المبيع . ولا يرد الثمرات لأنها في مقابل

(١) وقد قضت محكمة التمس بأن البائع وفائياً ما يلزم إلا برد المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك ، وكذلك بالمصروفات التي تزيد قيمة المبيع بقدر رده من قيمته بشرط ألا تكون فاحشة ، وأما المصروفات التي ينفقها المشتري لاستغلال المبيع ثانياً فلا يلزم بها البائع متى كان إنفاقها في مقابل استغلاله لهذا المبيع وقبض ثمراته (نقض مدني ١٩٥٤ سنة ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

وإذا وقع نزاع بين البائع والمشتري على المبالغ الواجب ردها ولم يكن المشتري محققاً فيه ، كان للبائع أن يعرض المبالغ التي يرى نفسه ملزماً بردها عرضاً حقيقياً ويودعها خزانة المحكمة ، ، أن يخضع رسم الإيداع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري وفائياً قد رفض قبول من الثمن والملحقات بغير مسرع قانوني ، فإن تمام ورثة البائع بخضم رسم الإيداع من المبلغ المروزر . (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

الفوائد ، ويستحق منها بنسبة المدة التي بقى فيها بيع الوفاء دون فسخ ، سواء كانت الثمرات طبيعية كحصول الأرض (١) أو مدنية كأجرة المنزل . وإذا نقص المبيع ، فإن كان بغبر فعل المشتري لم يلزم بشيء ولكن للبائع بداهة ألا يسترد ، وإن كان بفعل المشتري فهو مشلول عنه .

(ب) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني الجديد

٨٦ - بيع الوفاء باطل - الأعمال التحضيرية للتقنين الجديد

ومادار في لجنة مجلس الشيوخ : قدمنا أن المادة ٤٦٥ من التقنين المدني الجديد تنص على أنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلاً » . وذكرنا أن مشروع التقنين الجديد كان يقر بيع الوفاء وينظمه على غرار التنظيم الذي قدمناه في عهد التقنين السابق . ولكن لجنة مجلس الشيوخ ، عندما نظرت المشروع ، انقسمت إلى رأيين (٢) :

(الرأي الأول) ذهب إلى حذف هذه النصوص جملة واحدة ، وعدم النص على بيع الوفاء اكتفاء بأحكام الرهن ، إذ تبين من العمل أن كثيراً من البيوع الوفائية تستر رهونا حيازية عقارية ، حتى أن المشرع في سنة ١٩٢٣ نص على أن البيع الوفاقي إذا ستر رهناً كان العقد باطلاً بوصفه بيعاً أو رهناً . وقد دلت أصحاب هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه بما يأتي : (١) أن بيع الوفاء لا وجود له إلا من الناحية النظرية ، وهو في الحقيقة يهدف إلى تحقير أحكام الرهن من أسير السبل . فنظام الرهن بنوعيه يغني عنه ، وبخاصة رهن الحيازة . (٢) أن هذا النظام يقضي على مزية حماية الملكية الصغيرة المتمثلة في قانون خمسة الأقدنة ، فيستطيع المرابي عن طريق بيع الوفاء أن يشتري أرض الفلاح الصغير وتخلص له ملكيتها إذا لم يسترد البائع ، وكان لا يستطيع ذلك عن طريق الرهن إذ لا يستطيع الحجز على الأرض وهي لا تزيد على خمسة أقدنة . (٣) أن بيع

(١) ولا يشترط جنيته بالفعل .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٨ - ص ١٧٦ .

الوفاء بدفع صغار الملاك إلى بيع أموالهم وهم يعتقدون أنهم سيستردونها، والغالب أنهم يعجزون عن ذلك ، فتضيع عليهم أموالهم بأغس الأثمان . (٤) أن البائع في البيع الوفاى لا يستطيع أن يبيع ماله مرة ثانية بيعاً باتاً ، ويستطيع ذلك في الرهن .

(والرأى الثانى) ذهب إلى الإبقاء على نظام بيع الوفاء ، لأن في حذف هذا النوع من البيوع انعدام بعض التصرفات المقبولة التى جرى عليها العمل . وليس من الصواب القول بأن كل بيع وفاى يستر رهناً ، لأن المشترى في بيع الوفاء الحقيقى بطمع بعد انقضاء المدة في أن يكون مالكا ملكا باتا والبائع بطمع في أن يسترد ملكه ، فاذا حرم البائع من هذا التصرف وألحت عليه الحاجة وكان من صغار الملاك اضطر إلى بيع ملكه بيعاً نهائياً . وما دام القانون قد وضع الضمانات التى رأها كافية لحفظ الملك لصاحبه إذا رد الثمن ، فلا محل لحذف بيع الوفاء .

وقد قيل من جانب الحكومة في لجنة مجلس الشيوخ ، تأييداً للرأى الثانى ، إنه يجب الإبقاء على بيع الوفاء ، لأن العمل أثبت الحاجة إليه وفي الإمكان ، حماية لصغار الملاك والفلاحين ، الكشف عن البيوع الوفاية السائرة الرهون ومحاربتها ، كما فعل المشرع المصرى في سنة ١٩٢٣ . وأما ما قيل من أن البائع في البيع الوفاى لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعاً نهائياً فردود ، لأنه يستطيع بيع حقه المعلق على شرط واقف وهذا لا يختلف كثيراً عن بيع ماله المرهون مثقلاً بالرهن . والقائلون بالغاء البيع الوفاى لم يثبتوا أن العمل أبان أن بيع الوفاء ضرره أكثر من نفعه . ثم وجهت الحكومة نظر اللجنة إلى أن حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء من المشروع لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيكون هناك بيع وفاء ولكنه غير منظم تنظيمًا تشريعياً ، وهذا وضع أسوأ . وليس أمام اللجنة إلا أحد طريقين : إما أن تبقى بيع الوفاء فتستبقى تنظيمه التشريعى ، وإما أن تحرمه فتتص على ذلك نصاً صريحاً .

وقد رأت اللجنة تأجيل البت في المسألة حتى تستطلع آراء المزارعين والمحامين في شأنها . ثم أعادت اللجنة النظر فيها ، ورأت حذف النصوص

المتعلقة ببيع الوفاء والنص صراحة على تحريمه ، لأن عدم النص على هذا التحريم يدع للناس مجالاً للتعامل به مستهدين فيه بتطبيق القواعد العامة .

وجاء بعد ذلك في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، تلخيصاً لما دار في المسألة من مناقشات ، ما يأتي (١) : تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل ، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبدأ ستاراً لرهن ، وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بشئ من خمس . والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد . ولكنه قل أن يحسن التصدير ، فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ، ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته ، وتحمل غيباً ينبغي أن يدرأه القانون عنه . ولذلك رؤى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسع الخبال لفتن قلما يؤمن بجلبه .

٨٧ - ما الرى يترتب على بطلان بيع الوفاء : فبيع الوفاء إذن ، في التفتين المدنى الجديد ، باطل . ويمكن تأسيس هذا البطلان على هذا النص الخاص (م ٦٥ مدنى) ، كما يمكن القول إن البطلان هنا راجع إلى أن المشرع قد استحدث تغييراً في نظرته إلى النظام العام ، فوجد أن بيع الوفاء - ويقصد به عادة أن يكون ستاراً لتصرف غير مشروع - أمر مخالف للنظام العام ، فيكون باطلاً تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان (٢).

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٨ - ص ١٧٩ .

(٢) حل أن القون بأن بطلان بيع الوفاء قاعدة من النظام العام قد يقتضى أن يكون النص الخاص بالبطلان اثر رجعى ، فيسرى على بيع الوفاء الذى أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٩ . فالأولى إذن أن يقال بأن قاعدة البطلان ، وإن كانت تمت للمصلحة العامة ، لا تنعز من النظام العام ، وبأن البطلان هنا مؤسس على نص خاص في القانون (أنظر ما بيل مقرر ٨٩)

وأحكام هذا البطلان هي الأحكام التي تقررها القواعد العامة . فهو بطلان مطلق ، لا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم ، ويستطيع أن يتمسك به كل من كان له مصلحة فيه ، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا يترتب عليه أثر (١) ، لا فيما بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للتفصيلات التي أوردناها عند الكلام في البطلان في الجزء الأول من الوسيط . فيجب على المشتري رد المبيع وثمراته إلى البائع ، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، وذلك كله طبقاً للتواعد المقررة في هذا الشأن . ويجب على البائع أن يرد للمشتري فوراً ما قبضه من ثمن ولا يعتد بالأجل ، ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق . ولا يكون المبيع مثقلاً بأي حق عيني لضمان رد الثمن ، فإن بيع الوفاء جعله القانون باطلاً باعتباره بيعاً أو رهناً . وإذا كان في سبق تسجيله ، فعند تقرير البطلان يؤثر بذلك على هامش التسجيل .

وفي الفترة السابقة على تقرير بطلان بيع الوفاء ، إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع رهن ، اعتبر التصرف صادراً من غير مالك وجري عليه حكمه . أما إذا تصرف البائع في المبيع ، فتصرفه صحيح لأنه هو المالك . وإذا انقضت المدة المحددة للاسترداد واسترد البائع المبيع ، فإن ذلك لا يمنعه من التمسك ببطلان البيع (٢) . أما إذا استرد البائع المبيع في المدة المحددة ، فلا عبرة بهذا الاسترداد ، ويرجع المبيع إلى البائع لا بحكم الاسترداد وفسخ البيع ، بل بحكم أن البيع باطل من الأصل كما سبق القول .

ولا يصلح بيع الوفاء ، وهو بيع باطل ، أن يكون سبباً صحيحاً للتقادم القصير . على أن المشتري وفاء إذا باع العين لمشتري حسن النية ، ملكها المشتري الثاني في المنقول بالحيازة ، وأمكن أن يملكها في العقار بالتقادم القصير ، لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير مالك فيجري عليه حكمه .

(١) ولا يمكن حل بيع الوفاء على أنه يستر في الحقيقة رهناً فتجري أحكام الرهن ، فالمقدم السابق هنا عقد باطل بحكم القانون فلا يصلح أن يستر أي تصرف آخر ، وقد قصد المشرع إبطال بيع الوفاء أصلاً سواء باعتباره بيعاً أو رهناً (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٥٦) .

(٢) وقد بينى المشتري واضحاً يده على المبيع ، كمالك ملكاً باتناً ، بعد انقضاء مدة الاسترداد . ويستطيع في هذه الحالة أن يملك المبيع بالتقادم الطويل ، دون التقادم القصير كما سيأتي .

٨٨ - تمييز منطقتي بيع عرفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ:

ولما كان بيع الوفاء ليس إلا بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ، وكان دون سائر أنواع البيع المعلقة على شرط فاسخ بيعاً باطلاً في التقنين المدني الجديد ، لذلك أصبح يميزه من هذه البيوع وتحديد منطقته أمراً بالغ الأهمية ، حتى يختص هر وحده بالبطلان .

ولا صعوبة في تمييز الشرط الوفاي عن الشرط الفاسخ غير المتعلق بإرادة البائع . ذلك أن الشرط الوافر هو شرط يتعلق حتماً بإرادة البائع ، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن إرادته في الاسترداد . فإذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع ، أو متعلقاً بها وبأمر آخر خارج عنها ، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفائياً ، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً . مثل ذلك أن يبيع موظف داراً له في الاسكندرية ، ويعمل البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكنائها ، فالبيع هنا معارض على شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحاً . وإذا باع شخص داراً وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يزوج ، فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته وإرادة الزوجة ، فلا يكون شرطاً وفائياً ويكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً .

ويلقى الأمر عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقاً بإرادة البائع . فهناك شرط متعلق بإرادة البائع وليس شرطاً وفائياً فيبقى معه البيع صحيحاً ، وشرط متعلق بإرادة البائع وهو شرط وفائي فيبطل معه البيع . ونرى أن التمييز بين الشرطين يقوم على الاعتبار الآتي : في بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى فسخة من الوقت يتروى فيها كما في البيع مع الاحتفاظ بحجز العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط (١) ، ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروى فيصح ويصح معه البيع . وفي أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملاً أن يسترد المبيع برد الثمن ، ففي هذه الحالة يكون الشرط وفائياً فيبطل ويبطل معه

(١) أما البيع بشرط التجربة ، فقد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كما سبق القول ، ولكن الشرط هنا لا يتعلق بإرادة البائع بل بإرادة المشتري ، والقول فيه عن كل حال للخبراء لا للمشتري في إحدى صورتيه .

البيع . فالشرط الصحيح هو ما كان للزوى ، والشرط الباطل هو ما كان للمكر من استرداد المبيع .

ويمكن أن نتصور ، بعد أن أصبح بيع الوفاء باطلا ، أن تتحايل الناس لتجنب هذا الحكم باحدى وسيلتين (١) : يبيع المالك العين للمشتري بيعاً باتاً ، ثم يبيع المشتري بعقد جديد نفس العين للبائع معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يسترد الثمن والمصروفات في مدة معينة . (٢) يبيع المالك العين للمشتري بيعاً باتاً ، ثم يبيع المشتري العين لأجنبي بعقد ثان ، ثم يبيع الأجنبي العين للبائع بعقد معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات في خلال معينة . وتتماز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيلة الأولى في أنه قد توسط أجنبي ما بين البائع والمشتري ، فجعل الشبهة أبعد (٢) . وعندنا أنه إذا اشتبه القاضى في حقيقة البيع هل هو بيع وفائي فيطله ، وجب عليه ألا يقف عند تكييف

١٠ وهناك وسيلة أخرى لا يستطيع المتعاملان أن يلجأ إليها ، إذ تقعان مباشرة تحت حظر القانون . الوسيلة الأولى أن يرهن المالك العين عند الدائن ، ويشترط الدائن أن يملك العين إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيصل بذلك إلى النتيجة التي كان يصل إليها ببيع الوفاء . وهذه الطريقة حرمها القانون بنص صريح ، هو المادة ١٠٥٢ مدني في الرهن الرسمي والمادة ١١١٠ مدني في الرهن الحيازي . والوسيلة الثانية أن يمسد المتعاملان إلى إخفاء بيع الوفاء تحت ستار بيع بات لا يوجد فيه شرط وفائي ، ويحرران بالشرط الوفاي ورقة ضد فيما بينهما وقد يؤخران تاريخها عن تاريخ البيع البات . وقد كشف القضاء منذ عهد التقنين المدني السابق عن هذا التحايل ، وأوردنا أحكاماً كثيرة تقضي بأن البيع في هذه الحالة يعتبر بيعاً وفائياً ، عاصر فيه الشرط الوفاي البيع ولو معاصرة ذهنية .

(٢) وهناك صورة يسهل تمييزها عن صورة بيع الوفاء ، وإن كانت بيعاً معلقاً على شرط مخ ويحقق الشرط بإرادة البائع : يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط مخ هو عدم الوفاء بالثمن أو بفسط منه في الميعاد المتفق عليه . وتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء بـ : أن الثمن فيها مؤجل ، أما الثمن في بيع الوفاء فيكون عادة ممجلاً أو قريب الأجل . وتكون الفسخ في هذه الصورة واجباً إلى أن البائع لم يستوف الثمن ، أما الفسخ في بيع الوفاء فيرجع إلى أن البائع قد استوفى الثمن ثم رده إلى المشتري .

وقد يبيع شخص عيناً لأخر ، ويعلق البيع على شرط واقف هو ألا يوفى البائع ديناً عليه للمشتري . فعذا ليس ببيع وفاء ، ولكنه بيع قد يخفى رهناً اشترط فيه انتقال الملك في الرهن إلى المرتهن إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيكون هذا الشرط باطلاً (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩١٧ م ١٠ ص ٢٦) .

المتابعين للعقد، بل يحلل الصفقة أو مجموعة الصفقات ليرى هل الفرص من ذلك هو ضمان رد المبيع إلى البائع إذا رد الثمن فإذا لم يردده خلصت ملكية المبيع للمشتري، فعند ذلك يكون التصرف سائراً لبيع وفاء ويجب عليه الحكم ببطالته. ومما يعينه على تبين ذلك القرائن التي كانت في عهد التقنين المدنى السابق تتخذ دليلاً على أن العقد رهن لا بيع وفاء. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد - وقد أقر بيع الوفاء ونظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٦٣١ من هذا المشروع، وكانت تقضى بما يأتى : ١ - إذا ستر بيع الوفاء رهن حيازة عقاريا، كان العقد باطلا بوصفه بيعاً أو رهناً. ٢ - ويعتبر بيع الوفاء سائراً لرهن حيازي إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بنى المبيع في حيازة البائع بأية صفة كانت. ويجوز بأية طريقة أخرى لإثبات الرهن المستر، دون الوقوف عند الألفاظ التي وردت في العقد. (١) ونرى أن نستنتج من هذا المبدأ، فى الصورتين اللتين قدمناهما، وفيهما صدر البيع معلقاً على شرط واقف إلى البائع من المشتري أو من أجنبي، إذا سلم المشتري أو الأجنبي المبيع للبائع بالرغم من أن ملكية هذا البائع لا تزال معلقة على شرط واقف، أو كان على البائع أن يرد الثمن مع الفوائد، أو قامت قرائن أخرى كأن يرد البائع ثمناً أكبر أو أن تطول مدة التعليق كما يكون عادة في مدة الاسترداد في البيع الوفاى، سهل على القاضى أن يتبين أن العقد بستر بيع وفاء فيقضى ببطالته (٢).

٨٩ - ليس للتقنين الجديد أثر رجعى : رأينا أن التقنين المدنى الجديد

قد استحدث حكم بطلان بيع الوفاء أصلاً من غير تمييز بين بيع جدى وبيع بستر رهناً، فهذا الحكم الجديد وإن كان يمت للمصلحة العامة لا يعتبر من النظام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ فى الحاشية.

(٢) وقد يمد المشتري البائع بإعادة بيع المبيع له إذا أبدى البائع رغبته في الشراء في مدة مد فتل هذا العقد جائز. وهو يختلف اختلافاً جوهرياً عن بيع الوفاء، إذ البائع فيه قد تجرد ملكية المبيع تجرداً نهائياً، وليس له إلا حق شخصى قد لا يستطيع بموجبه أن يرد المبيع. وإذا إذا تصرف المشتري فيه قبل أن يبدى البائع رغبته في الشراء. أما في بيع الوفاء فقد استبقى على المبيع حق ملكية معلقاً على شرط واقف، وهو واثق من استرداد المبيع إذا هو استمر حياً في الاسترداد.

العام ، فلا يكون له أثر رجعي . ويترتب على ذلك أن كل بيع وفاء أبرم قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ يبقى خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق المعدل بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، وتسرى عليه هذه الأحكام فلا يكون باطلاً إلا إذا كان بيعاً يستر رهناً ، وذلك حتى لو لم تكن مدة الاسترداد قد انقضت في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

أما بيع الوفاء التي تبرم ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدني الجديد ، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهناً (٢) .

§ ٤ - البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى اتيفاء الثمن أو الائجار السائر للبيع

(vente à tempérament — location-vente)

٩٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) وآخر بيع وفاء يمكن تصوره خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق هو بيع وفاء أبرم في يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ واتفق على أن تكون مدة الاسترداد فيه خمس سنوات . فيجوز في مثل هذا البيع للبائع أن يسترده المبيع حتى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، وبعد هذا اليوم لا يمكن تصور استرداد صحيح يقع من البائع (الأستاذ سليمان مرقس فترة ٢٥٤) . ولكن يمكن تصور نزاع يقوم بعد هذا التاريخ حول استرداد استعمل في حدود هذا التاريخ ، وقد يبقى النزاع سجين طويلاً منظوراً أمام المحاكم ويلتزمها فيه تطبيق أحكام التقنين المدني السابق .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ١٠٩ .

• بعض رسائل حديثة في الموضوع : هايبر (Habert) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فيدور (Fedor) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - مانيو (Magniaux) رسالة من رون سنة ١٩٣٣ - ميشليه (Michelet) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - سجانك (Sganek) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - يونغ (Yung) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - ييمتر =

١٥ . إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكره نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢٥ . فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن ينفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعريضاً له عن فسخ البيع إذا لم يوف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعريض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣٥ . فإذا ماوفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

٤٥ . ونسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً ، (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= (Le Mestre) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - فيلوتريكس (Villoutreix) دراسة اقتصادية وقانونية لبيع السيارات بالتقسيط رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ .

(أنظر في هذا بلانويول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٦ هاس رقم ١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٠ من المشروع التمهيدي . وكانت الفقرة الأولى من المادة ٥٧٠ المذكورة تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن كله ، حتى لو تم تسليم المبيع » ، أما الفقرات الثلاث الأخيرة فلا تختلف عما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد إلا في بعض فروق لغوية . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي ، وأصبح رقم المادة ٤٤٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الأولى إلى النص الذي استقر في التقنين المدني الجديد ، لأن نص المشروع يورهم أن الملكية لم تنتقل بثباتاً من البائع إلى المشتري ، مع أن الواقع أن الملكية تنتقل إلى المشتري مطلقة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله ، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدي هذا المعنى بوضوح . وحذفت اللجنة من الفقرة الثالثة عبارة « عند الشك » حتى يكون العقد قاطعاً في أن انتقال الملكية يستند دائماً إلى وقت البيع . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . ووافق مجلس الشيوخ عليه تحت رقم ٣٠ : (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٧ - ص ٤٨ و ص ٥٠ - ص ٥١) .

المادة ٣٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٣٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا يوجد مقابل للنص (١) .

٩١ - تطبيقات هملية : ين كبراً أن يبيع شخص شيئاً بشئ مقسط ، وحتى يستثنى من أن المشتري يوفى الثمن ونحوها من إعساره يشترط أن يحتفظ بملكية البيع فلا تنتقل بانه إلى المشتري حتى يقوم بوفاء جميع أقساط الثمن . وأكثر ما يقع ذلك في بيع السيارات والآلات الميكانيكية والدراجات وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والآلات الكاتبة والبرادات (التلاجات) والغسالات ونحو ذلك من المنقولات . وقد يقع أيضاً في بيع المحلات التجارية والأراضي والدور والقبيلات . فيجمع إلى أصل الثمن فوائده ، ويقسم المبرع أقساطاً متساوية على عدد من الشهور أو السنين ، وإذا وفاها المشتري جميعها خلصت له ملكية المبيع (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٨ (مطابقة المادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩١ - فقرة ٩٣) .

التقنين المدني الليبي م ٤١٩ (مطابقة المادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٤ (متفقة مع نص المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري والأحكام واحدة في التقنينين - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٤١ - فقرة ١٤٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢ - فقرة ٥٩ و فقرة ٣٠٢ - فقرة ٣٠٤) .

تقنين : موجبات والعقود اللبناني : ليس فيه نص مقابل ، ولكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في لبنان .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تجب المادة أن يشترط البائع ، إذا كان الثمن مؤجلاً ، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن ، حتى لو سلم سلع قبل ذلك . وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تبيع سلعها بالتقسيط - كالآلات وحربات السفن والأراضي التي تباع بأثمان مقسطة - فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ في الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٩٩)

وأنظر في الناحيتين الاجتماعية الاقتصادية لهذا البيع ، وفي انتشاره في أمريكا ، وفي أنه يجرى به

- وأول صورة لهذا البيع كانت هي البيع بالتقسيط (vente à tempérament). ثم تدرج التعامل من هذه الصورة إلى صورة الإيجار السائر للبيع (location-vente). وهو الآن في سبيله إلى التدرج نحو صورة ثالثه هي الإيجار المقترن بوعده بالبيع (location complétée par une promesse de vente). ونستعرض هذه الصور الثلاث التي وقف منها التقنين المدني الجديد عند الصورتين الأوليين، لأنهما هما الصورتان، الأكثر انتشاراً.

٩٢ - البيع بالتقسيط : عرضت الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٤٣٠ مدني، كما رأينا، لحالة البيع بالتقسيط. فإذا باع تاجر عينا - سيارة أو آلة كاتبة أو راديو أو غير ذلك - بشئ مؤجل واجب الدفع في ميعاد معين، أو بشئ مقسط أقساطاً متساوية على النحو الذي قدمناه، واشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف هو وفاء المشتري بالتقسيط المؤجل في الميعاد المحدد أو وفاؤه بالأقساط جميعاً في المواعيد المتفق عليها، فإن البيع بهذا الشرط يكون صحيحاً. وينبغي إعمال الشرط، حتى لو سلم البائع المبيع للمشتري قبل استيفاء الثمن أو قبل استيفاء أي قسط من أقساطه.

وفي هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف إلى المشتري، ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ (١). وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد، هو أن يوفي المشتري بالتقسيط أو بأقساطه في الميعاد المحدد. فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية بآثر رجعي

= السبيل لذوي الموارد المحدودة إلى الحصول على سلع ما كانوا يحصلون عليها لو كان الثمن واجب الدفع فوراً، ولكنه يخلق في الوقت ذاته حاجات جديدة للناس، ويدفع التاجر إلى رفع سعر السلعة حتى يراجعه احتمال إعسار المشتري وبخاصة في أوقات الانكماش الاقتصادي : جوسران ٢
فقرة ١٠٢٢ - فقرة ١٠٢٣ .

(١) وقد احتفظ بها بموجب الشرط (clause de reservati domini - pactum reservati domini) : أنظر استئناف مخطوط ٢٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨٠ ص ٤٤٥ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ص ٢٠٠ - ٥ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ص ٤٨٢ - وقد يشترط البائع - دون أن يحتفظ بملكية المبيع - ألا يتصرف المشتري في البيع قبل الوفاء بشئ، مالم يوفى المشتري من المشتري بالتقسيط (استئناف مخطوط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٣٢ ص ٢٠٠).

إلى المشتري ، ونحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعي أيضاً (١). ومن ذلك نرى أن البيع بالتفريط هو صورة معكوسة لبيع الوفاء ، إذ في بيع الوفاء يكون البائع هو المالك تحت شرط واقف والمشتري مالك تحت شرط فاسخ .

وقبل تحقق الشرط يكون المشتري ، كما قلنا ، مالكا للمبيع تحت شرط واقف . ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع ، فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع ، أما الملكية فانتقلت إليه بالبائع ، وقوفة . ولكن ذلك لا يمنع المشتري من أن يتصرف في هذه الملكية الموقوفة ، ويكون تصرفه هو أيضاً معلقاً على شرط واقف . فيجوز له أن يتصرف في المبيع بالبائع والرهن ، ويكون المشتري من المشتري مالكا تحت شرط واقف ، كما يكون للمرتهن حق رهن معلق على شرط واقف . وإذا كان المبيع منقولاً - كما هو الغالب - وتصرف فيه المشتري تصرفاً باتاً لمشتري حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف ، فقد تملكه المشتري من المشتري تملكاً باتاً بموجب الحيازة (٢).

(١) ويلاحظ أن البيع لو كان باتاً غير معلق على شرط واقف ، وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع . ولكن هذه الصورة تختلف عن الصورة التي نحن بصددنا في أمرين : (أ) الملكية في البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة ، أما في البيع المعلق على شرط واقف فلا تنتقل إلا معلقة على هذا الشرط . (ب) ثم إن الملكية الباتة التي انتقلت إلى المشتري في البيع البات لا تنسخ من تلقاء نفسها بمجرد عدم وفاء المشتري بالثمن ، بل لابد من حكم بالفسخ ، والقاضي غير مجبر على فسخ البيع بل يجوز أن يمنح المشتري مهلة لدفع الثمن وفقاً للقواعد المقررة في فسخ العقد . أما في البيع المعلق على شرط واقف فبجرد تأخر المشتري في الوفاء بالثمن يعتبر تخلفاً للشرط ، فيعتبر البيع كأن لم يكن دون حاجة إلى حكم وفقاً للقواعد المقررة في الشرط .

ولا يوجد ما يمنع من أن البيع ، بدلاً من تعليقه على شرط واقف ، يكون معلقاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن . فتنقل الملكية إلى المشتري معلقة على شرط فاسخ ، وإذا لم يف بالثمن يتحقق الشرط الفاسخ فيزول البيع بأثر رجعي دون حاجة إلى حكم . وهذه الصورة الأخيرة - وهي التي قلنا إنها تشبه ببيع الوفاء فيما قدمناه (انظر آنفاً فقرة ٨٨ في الهامش) - تختلف عن البيع البات المقابل لفسخ في أن إنفاذ البيع فيها يكون من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ وفي البيع البات يكون الفسخ بحكم ، وفي أن الذي ينتقل إلى المشتري فيها ملكية معلقة على شرط فاسخ وفي البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة .

(٢) استئناف مغلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢ - يلائيول وريبير وهامل ١٠

فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ .

ولا يعتبر المشتري في هذه الحالة مبدداً، فالتبديد يقتضى قيام عقد معين - الإيجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن - وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود (١). ولو أفلس المشتري، والشرط لا يزال معلقاً، كان الباقي من الثمن ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائي المشتري إذ لا يكون امتياز البائع سارياً في حق التفليسة ولا يستطيع البائع من جهة أخرى أن يسرد المبيع من التفليسة (٢). فهذان أمران يجريان على غير ما يشتهي البائع : عدم اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع ، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عيناً من التفليسة .

وإذا تحقق الشرط ، ووفى المشتري بالثمن ، فقد صار مالكا للمبيع هو وثمراته منذ البداية ، وزال عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعى . أما إذا تخلف الشرط ، وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فإن ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعى لعدم تحقق الشرط (٣) ، وتعود الملكية بانه إلى البائع منذ البداية إذ أن البيع يعتبر كأن لم يكن . ولا يحتاج البائع في ذلك إلى حكم بزوال البيع ، فإن تخلف الشرط الواقف وحده كاف في ذلك وفقاً للقواعد المقررة

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٧ ص ٢٥٧ - نقض فرقى جنائى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤ سيرة ١٩٢٦ - ١ - ٣٩ - أول يونيو سنة ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٥ - ٢ - ٣١٥ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧ - ١ - ١٣٩ .

ويلاحظ أن المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ ، في مصر ، قضت بأنه يحظر حل المشتري ، بدون إذن سابق من البائع ، أن يتصرف بأي نوع من أنواع التصرفات في السلمة موضوع التقسيط قبل الوفاء بشئها . ونصت المادة ٤٥ من نفس القانون حل العقوبة ، وهي الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور والغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين . فهذا القانون قد خلق إذن جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن ، ولكن هذه الجريمة لا تكون إلا في البيوع التجارية وبشرط فيها أن تكون حرفة البائع هي البيع بالتقسيط (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم ص ٧٤ - ص ٧٥) .

(٢) أنظر المادة ٣٤٤ من الشئتين التجارى - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فترة ٦١ - ٦٢ وفترة ١٨١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٧ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - أنيسكلويدي دالورز ٣ لفظ location - vente - فترة ٢٨ - فترة ٣٠ .

(٣) زوال ملكية المشتري لعدم تحقق الشرط الواقف هو التمييز الصحيح ، والتمييز في هذا المقام بلفظ - الزوال - أدق من التمييز بلفظ - الفسخ - الذى ورد في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدق .

في الشرط (١). وللبائع في هذه الحالة أن يطالب المشتري بتعويض ، ويغلب أن

(١) على أنه من الممكن القول بأن البائع بالخيار ، فإما أن يعتبر أن الشرط الواقف قد تخلت فزال البيع كما قدمنا ، وإما أن ينفذ على أموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع بالذات حق امتياز البائع . وإمكان اختياره للتنفيذ بباقي الثمن يؤسس على أنه قد نزل عن الشرط وهو مقرر لمصلحته فيجوز له النزول عنه . وقد يقال أيضاً إن للبائع أن يعتبر تخلت الشرط الواقف راجعاً إلى تمتد المشتري فقد امتنع عن الوفاء بالثمن ، فيكون الشرط قد حكم المنحوق ويصبح البيع بائناً ويجوز للبائع أن ينفذ الباقي من الثمن .

وتصرح المذكرة الايضاحية بجواز أن يطالب البائع بتنفيذ البيع بدلا من المطالبة بنفسه (الأدق : بدلا من المطالبة بزواله) فتقول : « وغنى عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من المطالبة بنفسه البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) . والفقهاء المصري أيضاً يقول بذلك : أنظر الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٥ ص ١٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٦١ ص ٨٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢١ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٤٧ .

وعلى هذا الرأي أيضاً سار القضاء . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للبائع أن يطالب بتنفيذ البيع مع احتفاظه بشرط استبقاء الملكية (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٩٩ ص ٤٦ - ولكن قان ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢) . وإذا طلب الفسخ لم يحتفظ بما قبض من أقساط ولكن له أن يطلب تعريضا يراعى فيه قيمة الشيء وقت استرداده (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢ وقد سبقت الإشارة إليه) ، فإذا حجز على المبيع للتنفيذ بالثمن فقد نزل عن حقه في استبقاء الملكية (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٤٦) . على أن مجرد حصول البائع على حكم بالباقي من الثمن لا يفيد حتما نزوله عن شرط استبقاء الملكية (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٢ - ٦ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٥) . فإذا اختار تنفيذ الحكم بالباقي من الثمن لم يجز له الرجوع إلى المطالبة بنفسه البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٦) . ولا يجوز له اتخاذ إجراءات التنفيذ وإجرات الفسخ في وقت واحد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٠) . ولكن التنبيه لا يعتبر حتما نزولا عن طلب الفسخ ، فلبائع المدول عن التنبيه بالدفع إلى طلب الفسخ (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٢٨ ص ٢٤٠) . أو توقيع المحجز فيعتبر نزولا عن المطالبة بالفسخ (استئناف ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه) .

أما في فرنسا فيجوز القضاء والفقهاء ، في الإيجار السائر للبائع ، أن يعدل المستأجر عن الصفقة ، فيرد الشيء إلى المؤجر ، ويعتبر الأقساط التي دفعها أجرة في مقابل انتفاعه بالشيء ، ولا يستطيع المؤجر إجباره على المضي في الصفقة ودفع بقية الأقساط ليحول الإيجار بيما (نقض مدني فرنسي أول يولييه سنة ١٩٢٥ - سريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٦١ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ location-vente فقرة ١٧) .

يكون قد اشترط في عقد البيع أن يكون التعويض هو احتفاظه بكل أو بعض الأقساط التي يكون قد استوفاهها. ويعتبر هذا الشرط شرطاً جزائياً تسرى عليه أحكام الشرط الجزائي، وأهم هذه الأحكام - وهو ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني - أنه يجوز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه . ويكون مبالغاً فيه إذا كان المشتري قد وفى عدداً كبيراً من الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يزيد كثيراً على الضرر الذي لحقه من جراء عدم استيفائه الباقي من الثمن (١) . ففي هذه الحالة يحكم للقاضي بإرجاع بعض هذه الأقساط إلى المشتري ، ويحتفظ البائع من الأقساط التي استوفاهما بما يكفي لتعويضه (٢) .

٩٣ - الإيجار المار للبيع : وحتى يتجنب البائع المخطوئين اللذين أشرنا إليهما - عدم اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن وعدم استطاعة البائع استرداد العين من تغطية المشتري - يعتمد في كثير من الأحيان أن يخفى البيع بالتقسيط تحت ستار عقد الإيجار ، فيسمى البيع بإيجاراً . وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد ، حتى هذه الملكية المعلقة على شرط واقف والتي كانت هي المانعة من اعتبار المشتري مبدداً ومن استرداد البائع للمبيع من التغطية . فيصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار ، وبصفان

(١) ويبدو أنه مادام التخفيض جائزاً تبعاً لجسامة الضرر ، فإن وجود الضرر نفسه يكون شرطاً لاستحقاق البائع أى جزء من الأقساط المدفوعة ، فإن لم يصبه أى ضرر وجب عليه رد كل الأقساط (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٩ - ص ٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٩ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٠) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ونحن المادة أن يشترط البائع ، في حالة عدم مداد الأقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك ، أن يستبقى الأقساط المدفوعة (وهي جزء من الثمن) على سبيل التعويض . إلا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي ، وأجاز تخفيضه طفيفاً للقواعد التي قررت في هذا الشأن (م ٣٠٢ فقرة ثانية من المشروع) ، حتى يمنع التصف الذي يقع في هذه الأحوال . فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط ، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها ، ويحتفظ بكل الأقساط التي استوفاهما ، وفى هذا عنت على المشتري يستطيع القاضي أن يدفعه إذا خفض الشرط الجزائي وقضى بأن يرد للبائع بعض هذه الأقساط . وحتى عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشتري ما بقى في ذمته من الأقساط (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٤٩) .

أقساط الثمن بأنها هي الأجرة مقسطة ، ثم يتفقان على أنه إذا ردى المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعاً وانتقلت ملكية المبيع بآنة إلى المشتري . وحتى يحكما متر البائع يتفقان في بعض الحالات على أن يزيد الثمن قليلا على مجموع الأقساط ، فنكون الأقساط التي يدفعها المشتري هي أقساط الأجرة لا أقساط الثمن ، فإذا وفاها جميعاً وولى فوق ذلك مبلغاً إضافياً يمثل الثمن انقلب الإيجار بيعاً بآنا .

وبحسب البائع بذلك أنه قد حصن نفسه : (١) فهو أولاً وصف البيع بأنه إيجار ، وسلم العين للمشتري على اعتبار أنه مستأجر ، فإذا تصرف المشتري فيها وهو لا يزال مستأجراً أى قبل الوفاء بالثمن ، فقد ارتكب جريمة التبديد ومن ضمن عقودها الإيجار . (٢) وهو ثانياً قد أمن شر إفلاس المشتري ، إذ لو أفلس وهو لا يزال مستأجراً ، فإن البائع لا يزال مالكا للمبيع ملكية بآنة ، فيستطيع أن يسترده من تفضيلة المشتري (١) .

ولكن بالرغم من تذرع المتعاقدين بعقد الإيجار يستران به البيع ، فإن الغرض الذي يرميان إلى تحقيقه واضح . فقد قصدا أن يكون الإيجار عقداً صورياً يستر العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط ، والمبلغ الإضافي الذي جعله المتعاقدان ثمناً ليس إلا ثمناً رمزياً والثمن الحقيقي إنما هو هذه الأقساط التي يسميها أجرة . ومن ثم قضت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ مدنى بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد ، ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً (٢) . ويترتب على ذلك أن الإيجار السائر للبيع يعتبر بيعاً محضاً ، وتسرى عليه أحكام البيع بالتقسيط

(١) أما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد المشتري ، فإنه يهلك من مال البائع . ويستوى في ذلك أن يعتبر العقد إيجاراً إذ البائع يكون مؤجراً فهو المالك للشيء يهلك عليه ، أو يعتبر بيعاً معلناً على شرط واقف إذ الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع ولا يكون لتحقيق الشرط الواقف أثر دهمي وفقاً للقواعد المقررة في الشرط (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٤ ص ١٧٣ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدنى السورى فقرة ٩١ ص ١٢٩) .

ويلاحظ أنه إذا كان البيع معلناً على شرط واقف وهلك المبيع ، فإنه يهلك على البائع ، حتى لو كان قد سلم المبيع إلى المشتري فهلك بعد التسليم . ويتحقق ذلك في صورتين عمليتين : البيع بالتجربة والبيع بالتقسيط .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٨ و ص ٧٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٨٥ ص ١٢٩ ، فقرة ١٧ ص ٢٧ - الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٥٠ ص ١٣١ - ص ١٣٢ الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٦٤ ص ٩٦ - ص ٩٧ و فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .

التي تقدم ذكرها (١). وأهمها أن تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط

(١) وقد حسم التفتين المدنى الجديد كما نرى الخلاف في هذه المسألة بنص صريح . فقد كانت مسألة خلافية في عهد التفتين المدنى السابق . فذهب رأى إلى أن العقد إيجار مقترن بشرط فاسخ ومصحوب ببيع معلق على شرط واقف (استثناء مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧٨ - وأنظر في انتقاد هذا الرأى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٢ - ص ٢٣) . وذهب رأى إلى اعتبار العقد مركباً يهدف إلى غرضين مختلفين في وقت واحد ، نقل الملكية إلى المشتري وتأمين البائع من إفساره ، ولا يمكن الفصل ما بين الغرضين . من أن تشوه إرادة المتعاقدين ، ومن ثم يكون العقد عقداً غير مسمى (رسالة الأستاذ الشيبى فقرة ٦٥ ص ٨٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حقيقة العقد بيع لا إيجار (١١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٨٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) ، ولكنه بيع احتفظ فيه البائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن (استثناء مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ - ٢٥ يناير ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٢ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٥٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٣٠ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٤) . ويجب أن يكون العقد واضحاً في أنه بيع مع احتفاظ البائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن ، فلا يتضمن شروطاً متعارضة (استثناء مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٩ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦) ، ولا يستخلص من مجرد أن البائع قد اشترط حلول الباقي من الأقساط إذا تأخر المشتري في دفع قسط (استثناء مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ وقد سبق الإشارة إليه) . ولا يجوز للبائع ، إذا تأخر المشتري في الدفع ، أن يبيع المبيع بدون ترخيص من القضاء ولو كان ذلك مشروطاً في العقد وأن يحتفظ في الوقت ذاته بالأقساط المدفوعة (استثناء مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٢) . وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية ، منع ذلك من أن تصبغ هذه الآلة عقاراً بالتخصيص في أرض المشتري (استثناء مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) . والبائع المحتفظ بملكية المبيع ، إذا تأخر المشتري في دفع الأقساط ، أن يحجز حل المبيع حجزاً استحقاقياً (saisie - revendication) (استثناء مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٦) .

ودبت محكمة النقض إلى أن تكييف العقد هل هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد المتعاقدين ، وتستخلص محكمة الموضوع هذا القصد مستهدية بنصوص العقد . فقضت بأن التكييف القانوني للمعقود المصطلح على تسميتها في فرنسا باسم location-vente لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والقضاة ، فإذا اعتبر قاضي الموضوع عقداً من هذا النوع عقد بيع ، مستهدياً في ذلك بنصوص العقد ومستظهراً منها حقوقه قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تحيف لأى نص من نصوصه ولا منع لحكم من أحكامه ، بل كل ما فعل إنما هو تظليل لمعنى من المعانى الواردة به على معنى آخر ، فإن محكمة النقض لا تستطيع سوى إقرار ما ذهب إليه (نقض جنائى ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٦) .

واقفت منذ إبرام العقد . وانتقال الملكية إلى المشتري على هذا النحو يترتب عليه أنه إذا - رث المشتري في المبيع قبل الوفاء بالثمن لم يعتبر مبدداً ، وأنه إذا أفلس المشتري (١) لم يستطع البائع أن يسترد المبيع من التفليسة (٢) .

٩٤ - الإيجار المفقود بوعده بالبيع : وقد لا يتحدث المتعاقدان عن بيع أصلاً في عقد الإيجار ، فيصدر العقد على أنه إيجار محض ، ولكنه مقترن بوعده بالبيع من المؤجر إذا أبدى المسأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار . ونرى في هذه الحالة التمييز بين فرضين .

(الفرض الأول) أن يكون المتعاقدان يريدان في الحقيقة بيعاً بالقسمة منذ

(١) لكن إذا حجز دائر المشتري على العين ، فإن البائع يستطيع أن يفسخ البيع ، كما أن له حق امتياز على العين يتقدم به على دائي المشتري . أما إذا أعتد البائع مؤجراً ، فإنه يبقى مالكا للعين ، ويكون الحجز الواقع من دائي المسأجر حجراً باطلاً (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ location-vente - فترة ٣٣ - فترة ٣٤) . فإذا كان دائر المشتري هو مزجر المكان الذي وضعت فيه العين ، فإن له امتيازاً يسبق امتياز البائع وأو اعتبر هذا البائع مؤجراً ، إذ القاعدة أن مؤجر المكان له امتياز على المشتريات في العين المؤجرة حتى لو كانت هذه المشتريات ملكاً للغير مادام المؤجر حسن النية (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ location - vente - فترة ٣٥) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص ، فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسمى المتعاقدان إيجاراً إمعاناً من البائع في ضمان حقه ، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة لائئماً ، وإذا ما تصرف المشتري في المبيع عد هذا من تبديداً . فأقر المشروع الأمور في نصائها ، وبمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا إيجار ، ويعتبر معطفاً على شرط واقف هو عداد الأقساط جميعها ، فإذا ما سدت انتقلت الملكية إلى المشتري منسحبة إلى وقت البيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ - ص ٥٠) .

أما في فرنسا - حيث لا يوجد نص مماثل للنص الذى أورده التقنين المدنى المصرى الجديد مقتباً إياه من المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى الألمانى والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسى الإيطالى (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) - فيسدر الإيجار السائر للبيع إيجاراً فيما بين المتعاقدين فيكون المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن ، ولكنه بالنسبة إلى دائي المشتري يعتبر بيعاً فلا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تفليسة المشتري (أنظر بلافيون ، وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٩ - بلافيول وريبير وبولانجيح ٢ فترة ٢٤٣٥ - فترة ٢٤٣٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ location - vente - فترة ١٠ - فترة ٣٥) .

البدائية . وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معباً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعيدها ، وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار وقد يضاف إليها مبلغ رمزي . فو هذا الفرض يكون العقد بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً ، ويحتر المشتري مالكا تحت شرط واقف ، فلا يكون مبدداً إذا هو تصرف في البيع قبل الوفاء بالثمن ، ولا يستطيع البائع استرداد المبيع من تغطية المشتري (١) .

(الفرض الثاني) أن يعقد المعاقدان إيجاراً جديداً يتكون به وعد بالبيع . فيؤجر المالك داراً أو سيارة لأخر مدة معينة بأجرة معلومة أقساطاً ، وبعد المالك المستأجر في عقد الإيجار بأن يبيع منه الدار أو السيارة إذا هو أبدى رغبته في شرائها في خلال مدة الإيجار . ويكون للعين الموروثة بيعها ثمن حدى مستقل عن أقساط الأجرة ، ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين (٢) ، وتكون الأقساط التي يدفعها المستأجر هي أقساط لأجرة حثبية وليست أقساط الثمن . ففي هذا الفرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط ، فلا تنقل الملكية من المستأجر ، وإذا تصرف المستأجر في السيارة إلى استأجرها من مبدداً ، وإذا أفسد استرد المؤجر السيارة من تغطيته . فإذا ما أظهر المستأجر رغبته في شراء العين ، انتهى

(١) أنظر عكس ذلك في فرنسا بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٠ ص ٢٦٦ . ولكن أنظر في أن العقد قد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كولان وكابيثان ٢ فقرة ٨٣٥ ص ٥٥٨ - وقد صدرت في فرنسا قوانين مختلفة تنظم بعضاً من هذه البيع : أنظر قانون ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ في تنظيم بيع السيارات بالتقسيط ، وقد جعلت أحكامه تسمى على بيع الجرارات الزراعية بموجب قانون ٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ . وأنظر قانون ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ في تنظيم بيع الأوراق المالية بالتقسيط ، وقانون ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ في تحريم بيع الأوراق المالية ذات « اليانصيب » (valeurs à lots) بالتقسيط لما تنطوي عليه عادة من استغلال للمشتري ، وجعلت العقوبة في هذا القانون هي عقوبة النصب - وقارن في مصر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض البيع التجارية ، وقد دخلت جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن (أنظر آتياً فقرة ٩٢ في ادس) .

أنظر في بيع قريب من البيع بالتقسيط هو البيع عن طريق الاشتراك (vente par abonnement) كالاشتراك في الجرائد والمجلات والمياه والغاز والنور ، بلانيول وريبير وبيرولانجي ٢ فقرة ٢٤٣٨ . (٢) الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي

عند الإيجار ، وتم عقد بيع ينقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة
بستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار . وزال التزام المستأجر بدفع أقساط
الجرة ، وحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه ، ويكون الثمن
مضموناً بحق امتياز على المبيع .

§ ٥ - البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير

(vente avec faculté d'élire command — avec déclaration
de command — avec élection d'ami)

٩٥ - الصورة العملية لهذا البيع : يقع في العمل أن شخصاً يريد شراء
شيء معين ، ولكنه لا يريد أن يظهر نفسه مشترياً ، إما لعدم رغبته في ذبوع
الخبر لسبب خاص به ، وإما لخشيته من أن البائع إذا علم أنه هو المشتري يطلب
ثمناً عالياً لعلمه أنه اجل ثرى ، أو أن له مصلحة بارزة ، أو حاجة ملحة ،
لإتمام هذه الصفقة . فيعمد من يرغب في الشراء إلى إخفاء اسمه ، ويكلف
صديقاً أو وسيطاً أن يتقدم هو لشراء الشيء على أن يشترط لنفسه حق التقرير
بالشراء عن الغير . ولا تنزع النيابة العادية لهذه الصورة من صور التعامل ،
إذ لو أن الوسيط تقدم وكيلاً عن المشتري لا يكشف اسم الموكل ، والموكل
يريد كتمان اسمه كما قلنا . كذلك لا يتسع التعاقد بمسخر أو باسم مستعار
prête-nom ، إذ لو تقدم الوسيط للشراء باسمه الشخصى كوسيط مسخر ، لوقع
العقد له هو ، ولاحتاج في نقل ملكية الشيء لمن وسطه في الشراء إلى عقد بيع
جديد برسوم جديدة ، ولا تنتقل الملكية إلى هذا الأخير مثقلة بالحقوق العينية
والتكاليف الآتية من جانب الوسيط . لم يبق إذن إلا أن يشتري الوسيط الشيء
باسمه مع احتفاظه بالحق في أن يقرر في مدة يتفق عليها أنه اشترى لشخص يعلن
اسمه ، ومتى أعلن الاسم وقع البيع مباشرة لهذا الشخص الآخر ، ويعتبر الوسيط
نائباً عنه في الشراء . فإذا لم يعلن الوسيط اسم أحد في المدة المعينة ، بقى البيع
باسمه واعتبر أصيلاً في الشراء لا نائباً .

ويجوز أن يكون للبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير صور عملية أخرى .

منها أن شخصاً يعلم بحاجة شخص آخر إلى شراء شيء معين ، ولا ينسج الوقت أو لا توافي الظروف أن يطلب إليه تفويضاً في شرائه ، فيقدم على شراء الشيء باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم يعرض الصفقة بعد ذلك على الشخص الآخر ، فإن قبلها قرر المشتري أنه اشترى باسم هذا الشخص الآخر ، وإلا استبقى الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أيضاً ألا يكون عند المشتري فكرة واضحة عن شخص آخر يشتري له الصفقة ، فيشتري الصفقة باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ينظر بعد ذلك فقد يجد الشخص الملائم الذي يريد الصفقة فيعلن اسمه ، أو يجد الخير في استبقاء الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أخيراً صورة خاصة نص عليها تقنين المرافعات وسيأتي تفصيلها فيما يلي :

ومن ذلك نرى أنه حتى يكون هناك بيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، يجب توافر شرطين :

(١) أن يحتفظ المشتري عند الشراء - لا بعده - بحقه في التقرير بالشراء عن الغير (faculté d'élire command) (١) .

(٢) أن يتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري في خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإن لم يفعل بقيت الصفقة له . وتكون هذه المدة في العادة مدة قصيرة ، حتى لا يبقى البائع معلقاً مدة طويلة لا يدري أباغ للوسيط أم باع لغيره (٢) .

وبحسب أن يكون الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير في أي بيع ، سواء كان بيعاً بالممارسة أو بيعاً بالمزاد (٣) . ولم يرد فيه نص في التقنين المدني

(١) فيقرر أنه يشتري لنفسه أو لغيره ، وقد يقرر أنه يشتري لنفسه ولغيره وهذا لا يبرمه بأن يستبقى لنفسه جزءاً من الصفقة (بودرى وسيليا فقرة ١٧٦ ص ١٧٠) .

ويستثنى من هذا الشرط الصورة الخاصة التي نص عليها تقنين المرافعات كما سنرى .

(٢) بودرى وسيليا فقرة ١٨٣ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣ .

(٣) بل إن هذا الضرب من التعامل بدأ في المقرد بالمزاد أمام القضاء ، وانتقل منها بعد ذلك إلى المقرد بالممارسة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم قديم لها قد قضت بأن التقرير بالشراء عن الغير لا يجوز إلا في البيوع القضائية استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ ٢٠ ص ٢٥٠) . ولكن يجوز في كل البيوع ، الاختيارية =

المصري ، ولا في التقنين المدني الفرنسي (١) ، وفي مصر تسرى القواعد العامة على هذا العقد (٢) ، فتتظر في حكمه قبل التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ننظر كيف يكون هذا التقرير ، وماهى الآثار التى تترتب عليه إذا وقع أو إذا لم يقع .

٩٦ - حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير : بنقد البيع صحيحاً

بالشرط المتقدم الذكر . وقبل أن يستعمل المشتري حقه فى التقرير بالشراء عن الغير وإعلان اسم هذا الغير ، وفى خلال المدة التى عينت لهذا التقرير ، يكون البيع موصوفاً بالخصوصية الآتية : المشتري للصفقة قد يكون هو الذى تقدم للشراء وقد يكون شخصاً آخر سيعلمه هذا المشتري فى الميعاد المحدد . فالمشتري إذن شخص تخبرى (٣) ، إذا جاز نقل هذا التعبير المعروف من محل الالتزام إلى طرف الالتزام ، وتعيينه بيد من تقدم للشراء محتفظاً بهذا الحق ، فيكون إما هو ذاته أو يكون شخصاً آخر يعلن اسمه فى خلال المدة المتفق عليها . وليس من تقدم للشراء مجبراً ، بطبيعة الحال ، على التقرير بالشراء عن الغير ، فهذا حتى احتفظ به لنفسه ، فله أن ينزل عنه ويحتفظ لنفسه بالصفقة (٤) .

= والجبيرة ، غير القضائية والقضائية (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧ - وانظر : أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة المشار إليه إنما يمنع التقرير بالشراء عن الغير فى البيوع غير القضائية إذا لم يوجد شرط بذلك فى البيع الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥٥٠ هامش رقم ٣) .

(١) ولكن هناك تشريعات فرنسية قديمة ، صدرت أثناء الثورة الفرنسية ، ذكرت هذا البيع . وكان معروفاً فى القانون الفرنسى القديم ، وله تقاليد قديمة ، فنظمت تشريعات الثورة الفرنسية ، واستكمل تنظيمه الفقه والقضاء فى فرنسا (بودرى وسينيا فقرة ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣ - بلانيول وريبير وبلانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٢) .

(٢) فيما عدا الصورة الخاصة التى عرض لها تقنين المرافعات فى المادة ٦٧٠ وسأبقى ذكرها - وأنظر فى جواز التعامل بهذا البيع فى مصر جبرانجولان فقرة ٢٢٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٥٠ ص ٥٥١ .

(٣) أنظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ .

(٤) ومن أجل هذا لا يشتر من تقدم للشراء وكيلها عادياً ، لأن الوكيل لا يستطيع أن يحتفظ بالصفقة لنفسه ، إذ هى تقع مباشرة لموكله . بل ليس ضرورياً لمن تقدم للشراء ، إذا أراد أن يكون وكيلها ، أن تكون الوكالة قد صدرت إليه قبل الشراء كما هو شأن الوكيل العادى (بودرى وسينيا فقرة ١٧٥) .

وهو في هذا ليس في حاجة إلى أن يشتم بتقرير بين فيه أنه يحتفظ بالصفقة لنفسه ، بل يكفي أن يدع الميعاد المحدد ينقضي دون أن يقرر أنه اشترى لشخص آخر ، فيكون هو المشتري على وجه بات .

ويجوز له أن يتصرف في المبيع ، فيبيعه أو يرهنه أو يربط عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك ، ويحمل تصرفه في هذه الحالة على أنه قرر ضمناً أن يستبقى الصفقة لنفسه ، لأنه لا ينحل ذلك إلا إذا كان مالكاً للمبيع (١) . ولكن أعمال الإدارة - كأن يرمم المبيع أو يؤجره أو يودعه - لا يستخلص منها أنه قرر استبقاء الصفقة لنفسه ، بل يجوز له أن يقوم بها مع استبقاء الحق في التقرير بالشراء عن الغير ، لأن القيام بأعمال الإدارة لا يتنافى مع الاحتفاظ بهذا الحق (٢) .

٩٧ - كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير : فإذا لم يرد المشتري أن يستبقى الصفقة لنفسه ، فعليه أن يقرر بالشراء عن الغير الذي اشترى له الصفقة .

== وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي تقترب من هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جار على إطلاقه . فان بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي تقترب عليه تناقضاً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يسلم حقه في الاختيار أو إذا أمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول ، وهو أمر ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر من الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوراً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يسلم هذا الحق ، أو إذا أمله بعد هذا الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ - وقد سبق ذكر هذا الحكم آنفاً عند التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة انظر فقرة ١١ في الهامش) .

(١) بودري وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٢ هامش

وقم ٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٨٩ ص ٥٤٩ .

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠

ص ٢٥٤ هامش رقم ٤ .

وليس. لهذا التقرير شكل خاص ، فيكنى أن يخطر البائع بأنه يقرر أنه اشترى لشخص معين ويذكر اسم هذا الشخص . ولكن عليه أن يثبت صدور هذا الإخطار منه وفقاً للقواعد العامة ، فإذا كان الثمن يزيد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فيحسن إذن أن يكون الإخطار بالكتابة ، بكتاب مسجل أو بانذار على يد محضر ، حتى يتوفر للمشتري وسيلة قوية للإثبات.

ويجب أن يعلم البائع بهذا التقرير في الميعاد المتفق عليه . فإذا انقضى هذا الميعاد ولم يصل إلى علم البائع تقرير من المشتري ، اعتبر البائع أن الصفقة قد وقعت نهائياً للمشتري ، وكان هذا هو المسئول عن التزامات المشتري وله جميع حقوقه ، حتى إذا أعلن المشتري اسم شخص آخر بعد انقضاء المدة ، عد هذا الإعلان منه بيعاً حديداً إذا قبله الشخص الآخر (١).

وإذا أعلن المشتري اسم الشخص الذى اشترى له في الميعاد ، فإذا كان هذا الشخص قد قبل الصفقة من قبل واتفق مع المشتري على أن يتقدم للشراء لحسابه لم يلزم قبول منه آخر . وإذا كان لم يسبق منه قبول للصفقة ، فعند ذلك يجب أن يصدر منه قبول ، لأنه لا يجبر على أن يحل محل المشتري دون قبول منه . لذلك يجوز للبائع ، بعد أن يصله تقرير المشتري بالشراء عن الغير ، أن يطلب من المشتري إثبات قبول هذا الغير للصفقة ، قبولاً سابقاً أو قبولاً لاحقاً . فإذا لم يستطع المشتري إثبات ذلك ، فإن تقريره بالشراء للغير لا ينتج أثراً ، وتقع الصفقة له هو لا للغير (٢) .

وإذا قرر المشتري أنه اشترى لشخص معين على النحو المتقدم الذكر ، وجب أن تقع الصفقة لهذا الشخص المعين بنفس الثمن وبنفس شروط البيع الذى تم . فإن اختلف الثمن أو اختلفت الشروط ، كان التقرير بيعاً جديداً صادراً من المشتري للغير إذا قبله هذا ، ووجب دفع رسوم جديدة ، وتنتقل الملكية فيه

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٧٧ .

(٢) وإذا صدر قبول من الغير وكان هذا الغير ناقص الأهلية ، ولم تلحق الإجازة قبوله فأبطل ، وقعت الصفقة للمشتري الظاهر ، وهناك رأى مرجوح يذهب الى أن البيع نفسه يبطل (بلايول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٢ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥) .

من المشتري إلى الغير مثقلة بجميع التكاليف الآتية من جانب المشتري (١).

وقد يعلن المشتري ، لاشخصاً واحداً تقع له الصفقة ، بل شخصين أو أكثر ، فتقع الصفقة لهؤلاء الأشخاص المتعددين (٢). وقد يستثنى جزءاً من الصفقة لنفسه ، ويعلن اسم شخص آخر يقع له الباقي من الصفقة (٣).

٩٨ - حكم البيع بمر التقرير بالشراء عن الغير : فإذا قرر المشتري أنه اشترى للغير ، وقعت الصفقة لهذا الغير كما سبق القول ، واعتبر أنه هو المشتري مباشرة من البائع ، وأن المشتري الظاهر لم يكن إلا وكيلاً عنه (٤) ، ولا تنقضي إلا رسوم واحدة إذ لا يوجد إلا بيع واحد .

ومن ثم يكون للشخص الذي أعلن اسمه جميع حقوق المشتري بطالب بها البائع مباشرة ، لأنه اشترى منه عن طريق نائب عنه هو المشتري الظاهر . ويجوز للمشتري الحقيقي أن يطالب البائع بنقل ملكية المبيع إليه وبتسليمه إياه ، ويرجع عليه مباشرة بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية وبجميع الحقوق التي تكون للبائع بموجب هذا البيع الذي أبرم بين البائع والمشتري الظاهر .

كذلك يكون على الشخص الذي أعلن اسمه جميع التزامات المشتري

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - بلانيول وريبير وعامل : فقرة ١١٤ ص ٢٥٨ .
(٢) ولكل من هؤلاء الأشخاص المتعددين الحصة التي أعلنها المشتري ، فإذا لم يعلن هذا حصة كل منهم فالمفروض أن حصصهم متساوية . ويشترط في ذلك ألا يختلف الثمن أو الشروط كما قدمنا ، فإذا أعلن المشتري أن كلا من الأشخاص المتعددين يتحمل جزءاً معيناً من الثمن ، وجب أن يكون مجموع ما يدفعونه جميعاً معادلاً للثمن الأصلي دون زيادة أو نقصان ، وإلا اعتبر التقرير بيعاً جديداً كما سبق القول (بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤) .

(٣) فإذا أعلن المشتري مثلاً أنه اشترى المبيع نصفه لنفسه ونصفه لشخص آخر ، انقسم الثمن عليهما مناصفة ، واعتبر كل منهما مشترياً للنصف من البائع مباشرة (بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧٢) .

ويجوز لمن تقدم للشراء أن يتقاضى من اشترى له أجرة على الخدمة التي أمدأها إياه ، والفاصل الثابت من أن هذه الأجرة ليست في حقيقتها زيادة في الثمن الأصلي (بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٤ - الأستاذ محمد كمال مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥) .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٣٣٠ .

فللبائع أن يطالبه مباشرة بالثمن والفوائد والمصروفات . وليس للبائع أن يرجع على المشتري الظاهر بشيء من ذلك . وإذا كان المشتري الظاهر قد دفع عند التعاقد الثمن للبائع ، كان على المشتري الحقيقي أن يردده للمشتري الظاهر ، ولكن دون أن يكون للمشتري الظاهر حق امتياز على المبيع ، فإنه يرجع على المشتري الحقيقي بالثمن إما بدعوى الوكالة إذا كان متفقاً معه على أن يدفع الثمن عنه ، وإما بدعوى الإثراء بلا سبب إذا لم يكن متفقاً معه على ذلك . وليس هو بائعاً للمشتري حتى يكون له امتياز بالثمن ، فقد قدمنا أن المشتري الحقيقي يعتبر مشترياً مباشرة من البائع دون توسط المشتري الظاهر الذي لم يكن في هذا البيع إلا نائباً عنه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري الظاهر يلتزم شخصياً بدفع الثمن للبائع ، ويعتبر في هذه الحالة كفيلاً للمشتري بالثمن . ولا تعارض بين صفته هذه ككفيل وصفته كنائب في الشراء ، فإن الوكيل بالشراء قد يكون كفيلاً بالثمن للموكل (١) .

ويترتب على أن البيع يعتبر صادراً مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي وأن المشتري الظاهر يعتبر وكيلاً بالشراء عن المشتري الحقيقي ، أنه إذا أخذ أحد دائي المشتري الظاهر اختصاصاً على العقار المبيع في المدة السابقة على التقرير بالشراء ، سقط حق الاختصاص هذا لوقوعه على عقار غير مملوك للمدين (٢) . أما إذا رتب المشتري الظاهر بنفسه على المبيع حقوقاً عينية أو تكاليف ، كرهن أو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، فقد قدمنا أن هذا يعتبر منه زولاً ضمناً عن حقه في التقرير بالشراء عن الغير فتستقر الصفقة له . وإذا أخذ شفيع العقار المبيع بالشفعة ، لم يؤثر في الأخذ بالشفعة أن تستقر الصفقة للمشتري الظاهر أو أن يقرر هذا أنه اشترى لشخص آخر ، ففي الحالتين تصح الشفعة لأن العبرة فيها بالعقار المشفوع فيه ولا يعتد بشخص المشتري (٣) .

(١) بودرى وسينيا فترة ١٧٩ ص ١٧٢ وفترة ١٨١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٤ ص ٢٥٣ .

(٢) بودرى وسينيا فترة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٤ ص ٢٥٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في الحكم السابق الإشارة إليه بأن الشفعة في للعقار المبيع بشرط اختبار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيوع ، تكلمها ونجد منها أحكام الشفعة . وحاصل =

٩٩ - صورة خاصة - تقرير الراسى عليه المزااد الشراء عن الغير:

وتوجد صورة خاصة للبيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، أوردها تقنين المرافعات فى المادة ٦٧٠ منه على الوجه الآتى : ويجوز للرأسى عليه المزااد أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع ، أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، إذا وافقه على ذلك كل من الموكل والكفيل عند الاقتضاء ، وبهذا يبرأ الوكيل وتعتبر كتمالة عن الموكل (١) . وهذه الصورة تتميز بالخصوصيات الآتية :

١ - ليس واجباً فيها أن يشترط من يتقدم للمزايدة أنه يشترى مع الاحتفاظ

== ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عقد البيع يظل قائماً نافذاً وحق المشتري الظاهر إلى أن يعمل حقه فى اختيار الغير . وإذا كان إعمال هذا الاختيار يستند شراء من يختاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انعقاده فيرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة فى عقد البيع المذكور ، فإنه يكسبه أيضاً حقوقاً قبل المشتري الظاهر إذ يحل محله فى بيع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتي كانت تظل متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه فى الاختيار . ولما كان مقررأ بالمادة ١٢ من قانون الشفعة (السابق) أن الشفع لا يحتاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة ، فإنه إذا كان إنذار الشفعة قد سجل قبل الإنذار المعلن للشفع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الذى عقد بين المشتري الأول وبين من أدخلهم معه فى الشراء والذى قابل فيه هذا المشتري أنه تنازل لهم عن بعض العقار المسع له وهو ما يعتبرونه إعمالاً لحق اختيار الغير ، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء ، وبالتالي عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون ، حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما يكون قد اعنوره من تقارير أخرى مخالفة للقانون . والمفاضلة فى حق الشفعة بين المشتريين الذين أدخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز ، إذ الحقوق التى آلت إليهم بأعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل إنذار الشفعة لا تسرى على الشفع . فلا يحتاج الشفع بشرائهم ، ولا يعتبرون بالنسبة إليه مشتريين مشفوعاً منهم بحق لم يدفع دعواه بأنهم أولى منه بالشفعة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ وقم ٨١ ص ٢١٢) .

(١) وقد كانت المادة ٥٧٦/٦٥٨ من تقنين المرافعات السابق تنص على أنه « يجوز للمشتري أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، فى اليوم التالى ليوم البيع (فى التقنين المخطوط فى ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع) ، أنه اشترى بطريق التوكيل عن شخص معين ، إذا صال على ذلك كل من الموكل والكفيل ، وبذلك يخلص سبيله وتعتبر الكفانة عن الموكل » .

هذا ويشترط ألا يكون الموكل من الأشخاص ممنوعين من التقدم لمزايدة ، حتى لا يكون هناك تحايل على القانون (الأستاذ رمزى سيف فى التفتية فقرة ٤٣٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧) .

حقه في التقرير بالشراء عن الغير ، بل ولا يشترط أن يرد الاحتفاظ بهذا الحق في قائمة شروط البيع . ذلك أن هذا الحق يجعله القانون لكل راس عليه المزاو في بيع جبرى دون شرط خاص بذلك .

٢ - المدة التي يجب فيها التقرير بالشراء عن الغير محددة في القانون ، وهي ثلاثة أيام من يوم وقوع البيع ورسو المزاو على المشتري .

٣ - التقرير بالشراء عن الغير له شكل خاص بينه القانون ، فيكون بتقرير في قلم كتاب المحكمة ، ومن ثم لا يجوز أن يكون باخطار ولو مكتوب أو مسجل أو على يد محضر ، فالـم يكن بتقرير في قلم كتاب المحكمة فانه لا ينتج أثراً .

فاذا روعيت هذه الخصوصيات الثلاث ، سرت على الصورة التي نحن بصددھا الأحكام الأخرى التي قلعتها . فاذا لم يقرر الراسى عليه المزاو في قلم كتاب المحكمة في الثلاثة الأيام التالية لرسو المزاو أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، وقعت الصفقة له على وجه بات . أما إذا قرر ذلك ، ووافق على تقريره الموكل - وإذا كان للرأسى عليه المزاو كفيل وجب أيضاً أن يقبل الكفيل كفالته للموكل فتسقط كفالته للتوكيل - اعتبر الموكل هو الرأسى عليه المزاو وأن من رسا عليه المزاو فعلا لم يكن إلا وكيلاً عنه . ووقعت الصفقة مباشرة للموكل دون الوكيل ، وأصبح للأول دون الثاني كل حقوق الرأسى عليه المزاو ، وعليه كل التزاماته .

الفرع الثاني

المحل في عقد البيع

١٠٠ - للبيع محموره : المحل في واقع الأمر ركن في الإلزام لافي

العقد . ولما كان البيع عقداً ملزماً للجانبين ، فانه ينشئ التزامات في جانب البائع محلها هو المبيع ، وينشئ التزامات مقابلة في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن (١) ، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن .

(١) وقد يكون محل التزامات المشتري غير الثمن ، فالمشتري ملزم أيضاً بدفع مصروفات البيع ويسلم المبيع ، فحل الأول هو المصروفات ، ومحل الإلزام الثاني هو المبيع .

المبحث الأول

المبيع

١٠١ - الشروط الواجب توافرها في المبيع : يجب أن يتوافر في المبيع (١) الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام ، وهي أن يكون المبيع موجوداً ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، وصالحاً للتعامل فيه . ويضاف إلى هذه الشروط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع .

فتبحث إذن (١) وجود المبيع (٢) تعيين المبيع (٣) صلاحية المبيع للتعامل فيه (٤) ملكية البائع للمبيع .

المطلب الأول

وجود المبيع

١٠٢ - معنى الوجود : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن المحل يجب أن يكون موجوداً ، والمعنى المقصود بالوجود هو أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك . فإذا كان المبيع

(١) أصح ليس هو الشيء ذاته ، بل هو الحق فيه . فدفع الدار أى يباع حق الملكية و الدار ، وقد يباع حق ارتفاق على الدار أو حق انتفاع فيها . على أن المؤلف ، إذا كان المبيع هو حق الملكية في الدار ، أن يقال تباع الدار دون أن يذكر حق الملكية . فإذا كان المبيع حقاً دون حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصي ، ذكر الحق المبيع بالذات . وقد يكون المسع حقاً مضموناً ، كحق المؤلف ، وتصر المادة ٨٦ مدني على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . وقد صدرت فعلاً قوانين خاصة تتعلق بحق المؤلف والبراءات والأسم التجارية ونحو ذلك .

غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل ، فالبيع باطل (١) . وإذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع ، فالبيع يكون أيضاً باطلاً . أما إذا كان المبيع موجوداً وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم ، فالبيع يفسخ على التفصيل الذي سنورده في مكانه .

وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . ففي هذه الحالة إذا كان المبيع غير موجود وقت البيع ، حتى لو أمكن وجوده في المستقبل ، كان البيع باطلاً . فإذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئاً موجوداً فعلاً وقت البيع ، جاز كما قدمنا أن يقع البيع على شيء يوجد في المستقبل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني على أنه : يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (٢) ، فيجوز بيع الأشياء المستقبلية ، كالمحصولات قبل أن تثبت ، بشئ مقدّر بسمرة الوحدة أو مقدّر جزافاً (٣) . ويصح أن يبيع شخص س آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود ، كما إذا باع شخص نتاج ماشية ، فالتنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا

(١) ومن ذلك بيع أسهم الشركات الباطلة ، فوسى أسهم لوجودها ويكون بيعها باطلاً . وكذلك أسهم الشركات التي يحكم بطلانها ، فهي بعد الحكم بالبطلان تعتبر غير موجودة منذ البداية ، فسمها باطل . وهناك رأي يذهب إلى أن الشركة الباطلة هي شركة واقعية ، فلا سهمها وجود فعل ، وبيعها صحيح ، ولكن يرجع المشتري على البائع بفعل الغيب الحق ، وهذا ما لم يحكم ببطلان الشركة لانعدام محلها أو لعدم مشروعيتها (دى باج : ٤ فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٦٣) . وهذا الرأي الأخير أخذ القضاء الفرنسي (يبدان ١١ فقرة ٧٦) .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢١٦ .

(٣) وقد كان التقنين المدني المختلط (م ٣٣٠) يحرم بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته ، ولم يرد في التقنين المدني الوطني السابق نص مماثل فكان بيع المحصولات المستقبلية جائزاً ولو بشئ مقدّر جزافاً . وجاء التقنين المدني الجديد (م ١٣١) مزيّداً للتقنين المدني الوطني السابق ، يميز بيع المحصولات المستقبلية . وقد قضت محكمة النقض بأن بيع المحاصيل المستقبلية قبل نباتها في ظل القانون المدني القديم صحيح ، وذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدني المختلط (م ٣٣٠) . وقد قضى القانون المدني الجديد في المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف في هذا الشأن بين القانونيين الوطني والمختلط (نقض مدني ٣٠ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض : رقم ١٤٦ ص ٩٦٣) .

مطلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد التاج (١) .

وبيع الشيء المستقبل كثير الوقوع في التعامل ، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل نباتها ، كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . ويبيع مقال الحق الذي له في مقالة لم ترس عليه بعد . فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة . وهذا يقرب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبل رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في شيء خاص من المال المستقبل ، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلية (٢) .

وقد يقيد التبايع في شيء محتمل الوجود ، كما فعل في بيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد ، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلية نوعان . الأول : يحازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الغرر : كبيع أوراق اليانصيب أو بيع المباد ضربة شبكته . والثاني : يحازف فيه المشتري في قدر المبيع وكيفية فقط ، كسواء الفحم الذي ينتج من فاطرات السلك الحديدية في مدة مستقلة ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً ، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وحده المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثاني أن يكون مطلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره . ويشترط في النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكاً رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١) . وقضت أيضاً بأن البيع بسعر الوحدة ليس احتالياً ، لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧) .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧ . ويستر تعاملاً في تركة مستقبلية أن يعلن الوارث حوالة ما للتركة من دين في يوم وفاة المورث بالذات ، إذا ثبت أن الحوالة كانت معدة ومفضة قبل وفاته ولا ينقصها إلا التاويخ (أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession de droits successoraux* فقرة ٣٩) .

ونستقي للبحث من كل هذا مسألتين : (١) بيع الحقوق المتنازع فيها
(٢) البيع المعروف في الفقه الإسلامي بالسلم .

١٥ - بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ - التمييز بين حالتين - الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود ،
وهو بهذا الوصف يجوز بيعه . والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً
(*contrat aléatoire*) ، فان ثبت الحق المبيع للبائع انتقل المشتري بعقد البيع ،
وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري . فالمشتري الذي يقدم على
شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن .
ويجب ، في بيع الحق المتنازع فيه ، أن نميز بين حالتين : (١) بيع الحق
لغير عمال القضاء (٢) بيعه لعمال القضاء . ولكل من الحالتين حكم يختلف عن
حكم الحالة الأخرى .

١ - بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (*retrait litigieux*)

١٠٤ - النصوص القانونية - تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدني
على ما يأتي :

- ١ - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص
آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن
الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .
- ٢ - ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام
في شأنه نزاع جدي .

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتي :

ولا تسري أحكام المادة السابقة على ما يأتي :

مطلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد التاج (١) .

وبيع الشيء المستقبلي كثير الوقوع في التعامل ، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل نباتها ، كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأ . ويبيع مقاول الحق الذي له في مقابلة لم ترس عليه بعد . فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبلي ، وهي صحيحة . وهذا يقرب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي .

على أن القانون قد يحرم لأعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبلي ، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبلي رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في شيء خاص من المال المستقبلي ، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلة (٢) .

وقد يقيد التباعد في شيء محتمل الوجود ، كما فعل في بيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد ، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلة نوعان : الأول يحازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الغرر : كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصيد ضربة شبكته . والثاني يحازف فيه المشتري في قدر المبيع وكيته فقط ، كسواء اللحم الذي ينتج من فطرات السكك الحديدية في مدة مستقبلية ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً ، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وحد المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثاني أن يكون مطلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره . ويشترط في النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكاً رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١) . وقضت أيضاً بأن البيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً ، لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧) .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧ . ويحظر تعاملاً في تركة مستقبلية أن يملن الوارث حوالة ما للتركة من ديون في يوم وفاة المورث بالذات ، إذا ثبت أن الحوالة كانت معدة ومضاهة قبل وفاته ولا ينقصها إلا التأخير (أنسيلكوبيدي دالوز ١ لفظ *cession de droits successoraux* فقرة ٣٩) .

ونستقي للبحث من كل هذا مسألتين : (١) بيع الحقوق المتنازع فيها
(٢) البيع المعروف في الفقه الإسلامى بالسلم .

١٥ - بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ - التمييز بين حالتين - الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود ،
وهو بهذا الوصف يجوز بيعه . والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً
(*contrat aléatoire*) ، فان ثبت الحق المبيع للبائع انتقل المشتري بعقد البيع ،
وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري . فالمشتري الذى يقدم على
شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن .

ويجب ، في بيع الحق المتنازع فيه ، أن نميز بين حالتين : (١) بيع الحق
لغير عمال القضاء (٢) بيعه لعمال القضاء . ولكل من الحالتين حكم يختلف عن
حكم الحالة الأخرى .

١ - بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (*retrait litigieux*)

١٠٤ - النصوص القانونية - تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدنى
على ما يأتى :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص
آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن
الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

٢ - ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام
في شأنه نزاع جدى .

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتى :

٣ - تسرى أحكام المادة السابقة على ما يأتى :

- ١ (ا) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال يبع جزأها بشمن واحد .
- ٢ (ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه من الآخر .
- ٣ (ج) إذا نزل المدين للدائن من حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق في ذمته ،
- ٤ (د) إذا كان الحق المتنازع فيه يشتمل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار (١) .
- وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٥٣ - ٣٥٥ / ٤٤١ - ٤٤٣ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٥ من المشروع التمهيدى بفروق لفظية . وفي لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأضيف لفظ « بمقابل » بدعارة « وقد نزل عنه صاحبه » لإخراج حالات التبرع من نطاق الحكم ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٥ - ١٩٧) .

م ٤٧٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، هذا فروعاً لفظية طفيفة زالت في لجنة المراجعة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٨ - ١٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٥٣ - ٤٤١ : إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو مجرد حق ، فلا يكون مشغولاً من وجود الدين ولا من وجود ذلك الحق .

م ٤٤٢/٣٥٤ : إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق على الوجه المبين في المادة السابقة ، أو كان أصل الدين متنازلاً فيه ، جاز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع بنفسه للمشتري الثمن الحقيقي الذي اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة .

م ٤٤٣/٣٥٥ : ولا تتبع هذه القاعدة في حالة ما إذا باع أحد الورثة نصيبه في التركة إلى شريكه ، أو باع أحد الشركاء نصيبه في الدين إلى شريكه ، أو أسقط المدين لدائنه شيئاً في مقابلة دينه ، أو اشترى شتر حقاً متنازلاً فيه متناً لحصول دعوى .

وأحكام التقنين السابق تنطق مع أحكام التقنين الجديد ، إلا أن التقنين السابق كان على قدر من الضمور في إيراد الحالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية ، ولم يورد أصلاً الحالة الأولى من هذه الحالات وهي حالة بيع الحق المتنازع فيه إذا كان داخلاً ضمن مجموعة أموال يبع جزأها بشمن واحد ، وهو بعد ذلك يوم من سياق عبارته أن الحق المتنازع فيه لا يكون إلا حقاً شخصياً : انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤ .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٨ - ٤٥٩ - وفي
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٣ - ٥٩٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود
اللباني المادة ١١٢/٢٨١ .

وبخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن بيع الحق المتنازع ينقل الحق
كما هو - متنازعا فيه - إلى المشتري . والمشتري هو الذي يتحمل تبعه مصير
الزراع في شأن الحق ، فاما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كخلف له .
ولما ألا يثبت فلا ينتقل إلى المشتري شيء كما سبق القول . فالبائع إذا باع حقاً
متنازعا فيه لا يضمن للمشتري وجود هذا الحق (٢) ، وإنما هو يبيع مجرد إدعاء .
ومن ثم يراعى في تقدير ثمن هذا الادعاء أن يكون متناسباً مع قوته ، فيكثر
أو يقل تبعاً لقوة الادعاء أو ضعفه . وهو على كل حال يكون دون قيمة الحق
ذاته إذ لا بد أن المشتري يدخل في حسابه احتمال الخسارة فينزل من قيمة الحق
ما يقابل هذا الاحتمال . لذلك كان المشتري لحن متد - مضارباً يأمل الكسب ،

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني الليبي ٤٣٧ - ٤٣٨ (مطابقتان
للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ٤٣٨ - سوري لم توجد الحالة
الأخيرة من الحالات الاستثنائية : أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ -
فقرة ٢٨٩) .
التقنين المدني الليبي م ٤٥٨ - ٤٥٩ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٣ - ٥٩٤ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين
المدني المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٦١ -
أستاذ عباس حسن الصواف ص ٦٠٥ - ص ٦٢٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللباني م ٢/٢٨١ : يصبح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى
الأساس في شأنه بشرط أن يرضى المديون الذي تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مقاعيل هذا التفرغ
- سعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ .
على أنه لا يمكن التخلص من التفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع
عليها ، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له .
(والتقنين اللباني أقرب إلى التقنين الفرنسي منه إلى التقنين المصري) .

(٢) نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٦ ص ٥١٧ .

فواجه القديون هذا الوضع بما يلائمه، وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشتري بدفع الثمن - وهو كما قدمنا أقل من قيمة الحق - مع المصروفات والفوائد. أما في الحالات الاستثنائية التي تنفي فيها فكرة المضاربة، فقد منع القانون حق الاسترداد (١).

فنبحث إذن : (١) متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه (٢) وكيف يكون الاسترداد (٣) والآثار التي تترتب على الاسترداد (٤) والحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد.

١٠٥ - متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه : ويؤخذ من نص

المادة ٤٦٩ مدني أنه يجب توافر شرطين حتى يجوز الاسترداد : (١) أن يكون الحق المسترد حقاً متنازِعاً فيه (٢) وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل.

فيجب أولاً أن يكون الحق المسترد حقاً متنازِعاً فيه. وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ مدني إنه « يعتبر الحق متنازِعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي ». فليس من الضروري إذن أن تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازِعاً فيه، ويمكن أن يقوم في شأنه

(١) ويذهب بودري وسيبيا إلى أن فكرة المضاربة لا تكفي وحدها لتبرير حق الاسترداد من المضارب، فالمضاربة ليست في ذاتها شراً محضاً حتى ينتصب القانون لمخاربتها. وإذا كانت المضاربة في بعض الحالات تنطوي على استغلال وتعسف، فهي في حالات أخرى ينتج عنها الخير. إذ يقع أن صاحب الحق المتنازع فيه لا يكون عنده من الوسائل ما يحصل به على حقه فبيعه لمن مر أقدر منه على ذلك، فيصل إلى الكثير من حقه وكان يفقده لولا هذه المضاربة. وإنما يبرر حق الاسترداد مصلحة اجتماعية أعلى من الضرب على أيدي المراءين، هي وضع حد للنزاعات والنزاعيات. فإن الحق المتنازع فيه إذا استرده المدين عن اشتراء فقد وضع بذلك حداً للنزاع وحسم الخصومة، ولم يجد المشتري شيئاً فقد استرد مادفنه، والقانون ينشد دائماً فض النزاعات أو تقليصها بقدر الإمكان (بودري وسيبيا فقرة ٩١٤ ص ٩٣٤).

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشتري، فإن الأمر يقول إلى وضع شبه بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أقل من قيمة الحق، وهذا المبلغ هو الذي ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه. فكان المدين دفع لصاحب الحق - يملكه المشتري خلفه - القيمة التي ارتضاها صاحب الحق نفسه، وذلك لفض النزاع. فالأمر في صورة استرداد، وفي حقيقته ضرب من الصلح.

نزاع جدى (١). وليس من الضروري أيضاً أن يكون الحق الذى رفعت به دعوى يكون حقاً متنازعا فيه ، فقد لا يمس النزاع فى الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية فى الإجراءات كعدم صحة الإعلان أو عدم توافر الصفة أو نحو ذلك (٢)، والحق حتى يكون متنازعا فيه يجب أن يقوم النزاع فى موضوعه بالذات (٣). وقد ترفع بالحق دعوى تنتهى إلى حكم ابتدائى ، فإدام الحكم غير نهائى يبقى الحق متنازعا فيه ، لا فحسب إذا طعن فى الحكم

(١) وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً فى عهد التقنين المدنى السابق ، إذ كان هناك رأى يذهب إلى أن الحق لا يكون متنازعا فيه إلا إذا رفعت به دعوى ، وفى فرنسا نصر التقنين المدنى الفرنسى (م ١٧٠٠) يجعل هذا المعنى متيناً . أما نص التقنين المدنى المصرى الجديد فصريح فى المعنى العكسى (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) . أما من حيث تحريم شراء الحق المتنازع فيه هل عمال القضاء ، فى فرنسا (م ١٥٩٧ مدنى فرنسى) كما فى مصر يكن أن يقوم فى الحق نزاع جدى ولو لم ترفع به دعوى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٣) . ولا يكون الحق متنازعا فيه إذا لم يتم فى موضوعه نزاع جدى ، حتى لو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٥) — وصحوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعا فيه . أما النزاع فى مرتبة الحق فجميل له هذا الوصف (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٥) - والنزاع فى تأييدات الحق لا يجعله حقاً متنازعا فيه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ ، وكذلك النزاع فى براءة اختراع لا يجعل الماختر متنازعا فيه إلا إذا كانت هذه البراءة هى المنصر الجوهري فى التجز (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣) .

ومعرفة ما إذا كان هناك نزاع جدى فى موضوع الحق مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، ولا مقب عليه فى ذلك من محكمة النقض (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا فيه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ مدنى (قديم) ، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائماً بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصوصاً أمام القضاء وأن يكون النزاع فيها منصباً على أصل الحق (le fond de droit) ، أى متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالمعاد أو الموقوف بمضى المدة . فكل المراقيل التى تترتب السداد بفعل المدين ، كالتفويض بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى ، لا يعتبر معها الدين متنازعا فيه ، لأنها غير متعلقة بأصله (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٢١٧) .

(٣) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣١ — والنزاع يقوم فى موضوع الحق إذا تعلق بوجوده أو بانتفضائه أو بمده أو بمقداره ، أو إذا دفع الحق بدفع موضوعى ، أى إلى رفضه نهائياً كالدفع بالتقادم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٨ - ص ١٧٩ — بودرى وسينيا فقرة ٩٢٢) .

الابتدائي بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التي يظل فيها باب هذا الطعن الاعتيادي مفتوحاً ولو لم يطقن في الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحصم النزاع في الحق وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن أن يطقن فيه بطريق غير اعتيادي كالنقض والتماس إعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادي لا يزال مفتوحاً . أما إذا طعن بالفعل في الحكم النهائي بطقن غير اعتيادي ، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعاً فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعاً فيه على النحو الذي أسلفناه في اليوم الذي ينزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعاً فيه ثم انحصم النزاع فزُل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد كذلك (٢) . ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، منقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه إلى أجنبي ، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حتى المدعى برده له الثمن والمصروفات والقوائد . أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حائز العقار ، فهناك خلاف في الرأي . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجوز للمدعى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدعى عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد ، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكلاً لخصومة هو المتسبب فيها (٣) .

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ — أوبري ورو ٥
فقرة ٣٥٩ مكررة رابماً ص ١٨٠ — بودري وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والعبرة في حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إعلانه
للمدين (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابماً هامش رقم ١٦ — بودري وسينيا فقرة ٩١٧ —
بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . وإذا قبل المدين حوالة حق ينزع فيه وكان قبله
دون تحفظ ، لم يجوز له الاسترداد .

(٣) أنظر من الرأي الأول جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابماً
هامش رقم ١٥ — بلانيول وريبير هامش ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب الهلال =

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف التبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١). أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعرض ، فإن كان العرض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غابت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري . فإذا كان النزول عن الحق من طريق المفاضلة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العرض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العرض والقيمة لا تجزىء عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

= وحامد زكي فقرة ٦٠٨ - وانظر من للرأى الثاني بودرى وسينيا فقرة ٩٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقره ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم ، إلا أنه إذا كان يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ - كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٨٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٦ - عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزاد (جيوار ٢ فقرة ٨٩١ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ - وقارن كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٦ - وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

الابتدائي بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التي يظل فيها باب هذا الطعن الاعتيادي مفتوحاً ولو لم يظعن في الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحصم النزاع في الحق وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، ولا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن أن يظعن فيه بطريق غير اعتيادي كالنقض والتماس إعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادي لا يزال مفتوحاً . أما إذا ظعن بالفعل في الحكم النهائي بظعن غير اعتيادي ، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعا فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعا فيه على النحو الذي أسلفناه في اليوم الذي ينزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعا فيه ثم انحصم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد كذلك (٢) . ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، منقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه إلى أجنبي ، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حتى المدعى برده له الثمن والمصروفات والفوائد . أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حائز العقار ، فهناك خلاف في الرأي . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجوز للمدعى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدعى عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد ، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكلاً لخصومة هو المتسبب فيها (٣) .

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ — أوبرى ورو ٥
فقرة ٣٥٩ مكررة رابهاً ص ١٨٠ — بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والمبرة في حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إملار
المدين (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابهاً هامش رقم ١٦ — بودرى وسينيا فقرة ٩١٧ —
بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . وإذا قبل المدين حوالة حق ينزع فيه وكان قبله
دون تحفظ ، لم يجوز له الاسترداد .

(٣) أقنطر من الرأي الأول جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابهاً
هامش رقم ١٥ — بلانيول وريبير حامل ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب الهلال =

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجوز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١) . أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعرض ، فإن كان العرض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غابت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري . فإذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة ، لم يجوز الاسترداد ، لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العرض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العرض والقيمة لا تنجز عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

= وحامد زكي فقرة ١٠٨ - وانظر من للرأى الثاني بودرى وسينيا فقرة ٩٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم ، إلا أنه إذا كان يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٦ - عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزاد (جيوار ٢ فقرة ٨٩١ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ - وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٦ - وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٢٤٥ .

الاسترداد . مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين كل منهما يدعى أنه له ، ثم إن هذا الحق نفسه يتنازع فيه المدين ، فلو أن صاحب الحق المتنازعين اصطفا فاعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه . فإن المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول ، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يحصر على شيء في مثالبه (١) . كذلك إذا كان صاحب الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن ، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه ، جاز للمدين في الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذي كان له في ذمة صاحب الحق . وإذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بشئ واحد ، جاز للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بحصته من الثمن (٢) .

١٠٦ - كيف يكون الاسترداد : يتم الاسترداد باجتماع أمرين :
(١) إعلان المدين إرادته في الاسترداد (٢) ورده للمشتري الثمن الحقيقي وفوائده والمصروفات .

ويعلن المدين (٣) إرادته في الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص . فإذا

(١) بودرى ومينيا فقرة ٩٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٧١ هامش رقم ٤ - والأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٩٢٠ هامش رقم ٤ .
ويمكن إبراد مثل آخر للصلح على النحو الآتي : دائن بألف وله مدينان متضامنان يتنازعا في الدين ، فاصطاح مع أحدهما على ثمانمائة وتقااضاها منه . فإذا رجع المدين الذي وفي الدائن على المدين الآخر ، كان لهذا المدين الآخر أن يسترد حصته في الدين - وهي خمسمائة - بما يقابلها في مبلغ الصلح بأربعمائة . وقد وصل للتقنين المدني الجديد إلى هذه النتيجة عن طريق آخر ، فيجعل للمدين المتضامن الآخر أن يستفيد من الصلح ، إذ نص في المادة ٢٩٤ منه على أنه " إذا تسالحت الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة اللزمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون " .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .

(٣) وإذا كان هناك مدينون متضامنون متعددون ، جاز لكل منهم أن يستعمل حق الاسترداد ، ويرجع على الباقيين كل بقدر حصته (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٨ ص ٤٠٣) - ويجوز لثلاث المدين ، كالوارث ، أن يستعمل حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١) . ويجوز لدائن المدين أن يستعمل باسمه حق الاسترداد .

كانت هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة أمام المحاكم - بأن يكون الدائن قد رفع الدعوى بطالب المدين بالحق ودخل فيها المشتري خصماً أو رفعها المشتري ابتداء على المدين بطالبه بالحق الذي اشتراه - فالمدين يعلن إرادته في الاسترداد عن طريق طلبه في المحكمة من المشتري بالشكل العادي الذي تبدي به الطلبات في الخصومة . ويوجه الطلب إلى المشتري دون الدائن ، فالمشتري وحده هو الخصم في الاسترداد (١) . وإذا لم تكن الدعوى منظورة ، بأن لم ترفع دعوى أصلاً بالحق المتنازع فيه وإنما قام في موضوعه نزاع جدي ، أو رفعت الدعوى وصدر فيها حكم ، زال باب الطعن العادي مفتوحاً فيه ولكن لم يرفع الطعن فعلاً ، فطلب الاسترداد يكون باعلان المدين إرادته ، ويوجه هذا الإعلان إلى المشتري دون الدائن كما قدمنا ، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشتري وفقاً للقواعد العامة (٢) .

ويجب أن يرد المدين للمشتري رداً فعلياً - أو يعرض عرضاً حقيقياً - الثمن وفوائده عن وقت الدفع وسعروفات ، فإن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا

(١) ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلباً احتياطياً ، بأن يطلب المدين طلباً أصلياً الحكم بعدم صحة الدين أو بانتفائه مثلاً وطلباً احتياطياً باسترداده من المشتري ، لأن الاسترداد على هذا النحو يكون استرداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقوم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء . هذا إلى أن الطلب الاحتياطي ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة ، إذا هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٥ - أوبري ورو ٥ فترة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٠ - بودري وسهنا فقررة ٩٤٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٣٢١ ص ٤٠٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ مدني (قديم) لا تخول المدين أس في استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاملاً بصفة أصلية وبغير منازعة في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧) .

ولو كان الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق عادي ، وقبل الحكم طلب المسترد الاسترداد بصفة احتياطية ، جاز له ذلك ، لأنه حتى بعد صدور الحكم يبقى الحق متنازعاً فيه (الأستاذ منصور مصطنق منصور فترة ١١٩ ص ٢٧٢) .

(٢) وإذا نازع المشتري في صحة الاسترداد ، رفع الدين دعوى عليه يطلب فيها الحكم بصحة

إذا تم هذا الرد أو العرض (١). ذلك أن نص القانون (م ١/٤٦٩) مدنى صريح في أن المشتازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم البيع . ولأن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء ، ووفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلى أو العرض الحقيقي إذا لم يقبل المشتري الدفع الفعلى أو تنازع في صحته . والذي يجب أن يدفع فعلا أو يعرض عرضاً حقيقياً هو ما يأتى : (١) الثمن الحقيقي الذى دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه ، وأراد القانون بذكر لفظ "الحقيقى" التحرز من الثمن الصورى الذى قد يذكره المتبايعان في عقد البيع ، فزيدان من الثمن الحقيقي حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعله الآسدة داد أكثر كلفة . وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الثمن المذكور وعند ليس هو الثمن الحقيقي ، وأن يقتصر على دفع الثمن الحقيقي أو عرضه (٢) . (٢) فوائد هذا الثمن من وقت أن دفعه المشتري للبائع . والمراد هنا الفوائد بالسعر القانونى - ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٥٠ - الأستاذ أن سلطان فقرة ٤٢٤ - أثبت ذعبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٧ ص ٥٩٥ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ - كولان وكبيشان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦١٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٨ .

(٢) وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن ، فمسترد أن يستفيد من هذا الأجل ، ولكن لقضاء أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد (بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ - الأستاذ أنور سلطان مرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ .
وإذا باع المشتري الحق قبل استعمال حق الاسترداد ، فمشتازل ضده يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري من المشتري لا ضد المشتري ، ويدفع له الثمن الذى اشترى به سواء كان أكثر من الثمن الأول الذى دفعه المشتري للبائع أو أقل . ذلك أن الاسترداد ليست له مدة مفروقة قانوناً يجب أن يستعمل في خلالها ، فيجوز استعمال هذا الحق في أى وقت إلى أن يحسم النزاع في شأن الحق . وعند استعماله يوجه لمن كان الحق مستقلاً إليه وقت الاستعمال ، سواء كان المشتري أو مشترياً منه أو مشترياً ثالثاً أو مشترياً بعد ذلك (بودرى وسينيا فقرة ٩٤٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٣ - وانظر عكس ذلك في دفع المشتري للمشتري الثانى الذى دفعه المشتري الأول للبائع : ديمولسب ١٦ فقرة ١١٠ - جيوار ٢ فقرة ٩٠٣ - أورى ورو : فقرة ٣٥٩ رابعاً مكرراً ثالثاً) .

المسائل التجارية - لتعويض المشتري عن المدة التي بقي فيها محروماً من الثمن لا ينتفع به . وفي مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه ، فان كان ديناً ينتج فوائد تنف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشتري منذ اليوم الذي دفع فيه المشتري الثمن للدائن ، وإن كان عقاراً رد المشتري ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده . أما إذا كان الثمن الذي اشترى به المشتري الحق المتنازع فيه مؤجلاً وينتج فوائد ، فان المتنازل ضده يتحمل هذا الثمن . وجلاً كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها ، وهذه غير الفوائد القانونية التي أشرنا إليها فيما تقدم . ويلتزم بهذا نحو المشتري ، والمشتري يبقى ملتزماً نحو البائع كما سنرى . (٣) مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه ، كرسوم التسجيل في العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم اتعنة والسمرة وأتعاب المحامي وغير ذلك (١) . ويتحمل المسترد أيضاً مصروفات الاسترداد ، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق إذا كان المشتري هو الذي رفعها على المتنازل ضده ، فان هذه الدعوى قد انتهت دون حكم فتحمل المشتري مصروفاتها فيرجع بها على المتنازل ضده (٢) . وكذلك يرد المتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التي قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون حكم ، وذلك فيما إذا كان المشتري قد تحملها ، أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها في الثمن الذي باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشتري .

١٠٧ - الآثار التي تترتب على الاسترداد : إذا استرد المتنازل ضده

الحق المتنازع فيه من المشتري ، فان هذا لا يعني أنه أقر بأن الحق ليس له . وكل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد لخصومة القائمة ، حتى ينحسم النزاع في أمر لا تعرف مغيبته (٣) .

(١) وإذا كان المشتري قد دفع رسوماً أكبر بسبب المبالغة في الثمن ، لم يكن له أن يرجع على المسترد بما زاد من هذه الرسوم (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣ : ص ٤٠٦-٤٠٧) .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً حول إلى آخر ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، سقط حقه في الاسترداد (أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش) . أما إذا ==

والاسترداد إذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره : (أولاً) في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده . (ثانياً) وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع . (ثالثاً) وفي العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع .

ففي العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده ، يحل الثاني محل الأول بموجب الاسترداد . ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديداً للحق المتنازع فيه صدر من المشتري للمتنازع ضده ، بل إن المشتري يعتبر - في العلاقة ما بينه وبين المسترد - أنه لم ينتقل إليه الحق أصلاً وقد انتزعه منه المسترد . ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي يكون قد رتبها المشتري على الحق قبل الاسترداد تسقط ، وتعتبر كأن لم تكن (١) . فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً ، سقط كل ما رتبته المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع . وتسقط الحجوز التي يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده ، إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، إذ هي تعتبر واردة على حق ليس للمشتري (٢) .

وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع يبقى البيع قائماً ، فلا ينتقض بالاسترداد (٣) . وهذا بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام ، فهناك يحل المسترد محل المشتري نحو البائع ، أما هنا فالاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع ، فلا تتأثر بالاسترداد العلاقة ما بين المشتري والبائع . ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع ، ولا يحل المسترد

= احتفظ المدين بحقه في الطعن في الدين عند قبول الحوالة ، جاز له بعد ذلك أن يسترده (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٢٤ ص ٦١) . وإذا حول المحني عليه في جريمة حقه في التعويض إلى آخر ، جاز للمتهم أن يسترد الحق مع بقاء منكر ارتكاب الجريمة ومنكراً استحقاق المحني عليه للتعويض (هيك ٢ فقرة ٦٦٣ - بودري وسبينا فقرة ٩٥١) .

(١) لكن إذا باع المشتري الحق من مشتري ثان ، فقد قدمنا أن الاسترداد يوجه إلى المشتري الثاني بانثر الذي دفعه هذا المشتري الأول ، فلا يسقط تصرف المشتري الأول في الحق بالبائع (أنظر أيضاً فقرة ١٠٦ في الهامش) .

(٢) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٦ - والأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ .

محل المشتري في هذه الالتزامات ، فان البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته . ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان ، بعد ان انتزح المسترد الصفقة من المشتري ، وذلك ما لم يكن المشتري مجهل أنه اشترى حقاً متنازعا فيه ، فان جهل ذلك رجع على البائع بالضمان والتعويض (١) .

بقيت العلاقة ما بين البائع والمسترد . والخصوصية التي تميز هذا النوع من الاسترداد عن غيره من الأنواع الأخرى أن المسترد هنا مدين بالحق المتنازع فيه للبائع ، فهو غير أجنبي عن الحق بخلاف الشفيع الأجنبي عن العين المشفوعة . وهو إذن لا يتلقى الحق ، بل ينهبه إذا كان حقاً شخصياً ، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً . ويترتب على ذلك أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد ، فقد كان حقاً متنازعا فيه ما بين البائع والمسترد ، وكل ما حدث بالاسترداد أن هذا النزاع قد انحسم ، ولم يعد للبائع حق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه ، ويكون للاسترداد الأثر الذي للصلح في حسم النزاع . فاذا كان الحق المتنازع فيه ديناً يدعيه البائع في ذمة المسترد ، فان الاسترداد لا ينقل الدين إلى المسترد فينقضي باتحاد الذمة ، بل إن الاسترداد يحسم النزاع في الدين فيعتبر كأنه لم يكن في ذمة المسترد (٢) . وإذا كان الحق

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٨٢ — بودرى وسينيا فقرة ٩٥٥ — عكس ذلك ملانيوارو ديبر ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ — وقانون الأستاذ مصدق مصطلح منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٥٨ — وما ورد في المذكرة الإيضاحية لشرع التمهيد في هذا الصدد في حاجة إلى التحرير ، فقد ورد ما يأتي : « وإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، فاسترداده يمكن تكيفه على أنه شراء لحق من الدائن ، ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة . وإذا كان الحق عينياً ، فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٥) . والصحيح ما قررناه . انظر في معنى المذكرة الإيضاحية الأستاذ سالحان مرقس فقرة ٢٨٩ ص ٤٧٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٨ ص ٤٥٥ .

وقدر الأستاذ عبد المنعم البزراوى فيما ذكره في هذا الصدد إذ يقول : « الاسترداد لا يبدو أن يكون وسيلة لإبراء ذمة الدين . . . ليس من أثر الاسترداد إنشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد ، فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بالتأمين بدعوى مباشرة ، وإنما يرجع عليه باستعمال دعوى مدية أى المشتري المتنازل إليه . ثم إن المسترد لا يعتبر أنه تلقى حقاً من المشتري الذى استعمل خيار الاسترداد في مواجهته ، لأن كل ما يترتب على الاسترداد هو انتهاء الدين إذا كنا =

المتنازع فيه عقاراً ، انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته للمسترد دون منازعة من البائع . ولا يعتبر العقار قد انتقل من البائع إلى المسترد . بل يعتبر أنه كان دائماً ملك المسترد ، ومن ثم لا يلزم تسجيل الاسترداد . وإذا كان المشتري قد اشترى بثمن مؤجل ، وأصبح المسترد ملزماً بهذا الثمن إلى أجله (١) ، فانه لا يكون ملزماً بشيء نحو البائع . بل هو ملزم نحو المشتري ، وهذا ملزم نحو البائع (٢) كما سبق القول .

١٠٨ - المحالة الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد : لما كان

حق الاسترداد قد أعطى للقضاء على المضاربة في الحقوق المتنازع فيها ولمنع استعمال الخصومات ، فقد نصت المادة ٤٧٠ مدني . كما رأينا على حالات استثنائية أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانقضاء فكرة المضاربة . وهذه الحالات هي (٣) :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال يبعث جزافاً

= بصدد حواله أو زوار النزاع الذي ثار حول الحق ادعى محل اشارة . ولهذا إذا تعلق الإلزام بحق عيني عقاري ، فليس من الواجب تسجيله . والخلاصة أنه نظراً للطبيعة الخاصة لحياز استرداد الحق المتنازع فيه ، فإن المسترد لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع (المتنازل) ولا للمشتري (المتنازل إليه) لأننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفاً فيه ، (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .
(٢) ويستطيع البائع أن يرجع على المسترد بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة باستمان حق مدينه المشتري قبل مدين الدين وهو المسترد . ويذهب الفقه في فرنسا ، وفقاً لتقاليد القانون الفرنسي القديم ، إلى أن البائع يستطيع أن يرجع أيضاً بدعوى مباشرة عن المسترد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ - ك. لان وكايبان ، فقرة ٩٨٤ - وانظر في هذا المعنى : الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ - الأستاذ أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٦٢٧ هامش رقم ١) . ونرجع الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ عبد المنعم البدر اوى من أن البائع لا يستطيع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة (فقرة ٤٠٩) وقد سبق الإشارة إلى ذلك ، لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنفس ، ولا يرجع نص هنا يجعل البائع أن يرجع بدعوى مباشرة على المسترد .

(٣) وهي المذكورة على سبيل الحصر ، في غيرها يجوز الاسترداد دائماً (لوران ٢٤ فقرة ٦١٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ - بودرى وسينيا فقرة ٩٦٠) .

بشأن واحد . مثل ذلك بيع التركة ، فهي مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون ، وسرى أن بيع التركة هو بيع لهذا المجموع دون نظر إلى عنصر من عناصره بالذات . فإذا كان في التركة حق متنازع فيه ، فإن هذا الحق يفقد ذاتيته وبقي مع العناصر الأخرى في مجموع التركة ، فتعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات ، فلا يجوز الاسترداد . وينتج على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في التركة ، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين يتنازع فيه المدين ، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين ، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه . فإذا صني النزاع في الدين ، وثبت استحقاق التركة له ، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث .

٢ - إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك (١) . وباع أحدهم نصيبه من الآخر . فإذا فرس أن حقاً متنازعاً فيه يملكه شخصان في الشيوع ، إما لأتتهما وراثته عن مورث مشترك أو اشترياه معاً ، ثم باع أحد الشريكين نصيبه في الحق من الآخر ، فإن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالة . ذلك أن المفروض أن يكون شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة ، بل هو قسمة أو هو خطوة نحوها (٢) . أما إذا كان الشريكان في الحق يتنازعهما أجنبي يدعى ملكية الحق معهما ، وكان الحق ذاته متنازعاً فيه مع المدين به ، ثم نزل الأجنبي عما يدعيه للشريكين ، جاز للمدين أن يسترد . ذلك أننا خرجنا عن نطاق الاستثناء الذي نحن بصددده ، فهذا الاستثناء يقتضي

(٥) أو شركة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٢) .

(٦) ومن ثم لا يجوز الاسترداد حتى لو كان الحق مملوكاً لأربعة أشخاص مثلاً ، وباع واحد منهم نصيبه لأحد الشركاء الثلاثة . فبالرغم من أن الحق لا يزال شائعاً بين الثلاثة ، إلا أن فكرة القسمة لا تنفي ، وهذا البيع خطوة نحوها .

ويلاحظ أنه في الحالة نحن بصدددها - بيع أحد الشركاء نصيبه لشريك آخر - يمنع الاسترداد ، فرق انقضاء فكرة المضاربة ، اعتبار آخر هو أن الاسترداد لا يمنع من استمرار المنازعة والمضرة ، إذ أنه لا يؤدي إلى أكثر من استرداد نصيب البائع ، ويبقى الشريك الآخر ينصيبه المتنازع فيه مستمراً في المضرة .

أن يبيع أحد الشريكين من الآخر نصيبه ، لا أن أجنبياً سلباً يكون هو المتصرف (١) .

٣ - إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدائن المستحق في ذمته . والمفروض هنا أن للمدين حقاً متنازعا فيه في ذمة آخر ، فنزل عن هذا الحق لدائته وفاء بالدائن الذي في ذمته له . فالواضح أن الدائن ، عندما قبل نزول مدينه عن حقه ، لم يقصد المضاربة ، وإنما قصد أن يستوفي حقه . ومن ثم لا يجوز لمن عابه الحق المتنازع فيه أن يتخلص من المطالبة باسترداد الحق من الدائن الذي استوفى بهذا الحق حقه ، لأن الاسترداد هنا لا مبرر له (٢) . وقد ينزل المدين وفاء لدينه عن حق متنازع فيه ، ولا يكون هذا الحق كافياً لوفاء الدين ، فيدفع معه مبلغاً إضافياً من النقود . مثل ذلك أن يكون في ذمة المدين لدائته أربعة آلاف ، فيوفيه حقاً متنازعا فيه مقداره أربعة آلاف ومعه مبلغ إضافي مقداره خمسمائة . فكأنه وفي مدينه خمسمائة ، والباقي من الدين ومقداره ثلاثة آلاف وخمسمائة وفاء بأربعة آلاف متنازع فيها . ففي هذا المثل لا تدل الأرقام على أن هناك مضاربة في الحق المتنازع فيه ، فقد استوفى الدائن الدين الذي له بحق متنازع فيه يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع . وإذا عكسنا الفرض ، وقلنا إن في ذمة المدين ثلاثة آلاف فماها بحق متنازع فيه مقداره أربعة آلاف على أن يعطى الدائن للمدين معدلاً (soultte) لهذه الصفقة مقداره خمسمائة ، فإن الدائن يكون قد أعطى المدين خمسمائة فوق الثلاثة آلاف ، واستوفى الثلاثة الآلاف والخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، فلا تدل الأرقام هنا أيضاً على فكرة المضاربة . ولكن إذا كان الدين الذي في ذمة المدين هو ألف فقط ، والمسألة بجahalها ، فإن الدائن يكون قد أعطى خمسمائة فوق الألف ، واستوفى الألف وخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، وقد يكشف قاضي الموضوع في هذه الحالة من الأرقام والظروف الأخرى فكرة

(١) بوردي وسينيا فقرة ٩٦٢ .

(٢) ولكن قد يمسد الطرفان إلى التحايل ، فينشئان ديناً سوريا لأحدهما على الآخر ، ثم ينزل المدين للدائن عن حق له متنازع فيه وفاء لهذا الدين السوري . فالاسترداد هنا يجوز ، لأن الصفقة أريدت بها المضاربة وقد أخفيت تحت ستار هذا الدين السوري .

المضاربة فيجعل للمدين بالحق المتنازع فيه حق الاسترداد (١).

٤ - إذا كان الحق المتنازع فيه ينقل عقاراً وبيع الحق لحازر العقار .
والمفروض هنا أن عقاراً مثقل برهن يكفل ديناً على مالكة متنازعا فيه . وباع
المدين العقار المرهون من آخر ، فالحازر للعقار وهو المشتري يكون مسئولاً
عن الرهن الذى ينقل العقار وله حق التطهير ، ولكن لإجراءاته معقدة وهو
غير مأمون العاقبة . فيعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن ، حتى
يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار . ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه - وهو
المدين الذى باع العقار - الاسترداد فى هذه الحالة ، فان الذى دفع حازر العقار
لدى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة ، بل إنه أراد تجنب
إجراءات الدائن المرتهن (٢) . مثل ذلك أن يشتري شخص عقاراً من آخر بأربعة
آلاف ، وعلى العقار رهن بألف متنازع فيها فإذا دفع المشتري كل الثمن للبائع ،
ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ومقداره ألف بثمانمائة ، فانه يرجع على المدين
وهو بائع العقار بألف ، ولا يجوز لهذا المدين أن يسترد الدين بثمنه فيدفع ثمانمائة
بدلاً من الألف . وإذا اكتفى المشتري بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليستبقى
ألفاً لوفاء الدين - وهذا ما يقع عادة - ثم اشترى الدين بثمانمائة ، لم يجز للمدين
بائع العقار أن يتمسك بحقه فى الاسترداد ليرجع على المشتري بالفرق بين الدين
ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثمانمائة (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٦٥ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٣ ص ٤١٠ - جوسران ٢ فقرة ٨١٥
ص ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٠
ص ٥٩٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ .

١٠ رد التفتين المدنى لفرنسى ، وهل غراره أورد التفتين المدنى المصرى السابق ، لتقرير
هذه الحالة الرابعة ، عبارات غامضة لا يستبين منها فى وضوح فرض المشرع : أنظر فى نص
التفتين المدنى الفرنسى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨١ ، وفى مثل مناسب لعبارة التفتين المدنى
المصرى السابق وهى عبارة غامضة الأستاذين احمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٦١٦ .

(٣) أنظر فى الحالات الاستثنائية الأربع المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة
الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤ .

ب - بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاة

١٠٩ - النص المصموم القانوني : نص المادة ٤٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا ،

وتنص المادة ٤٧٢ على ما يأتي :

« لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار . وإلا كان العقد باطلا (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٤/٢٥٧ (٢) .

(١) تاريخ النصوص

م ٤٧١ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٧ من المشروع التهدي عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة اذاعة ومجلس النواب ، وأصبح النص رقم ٤٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٠٠ - ص ٢٠٢) .

م ٤٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٨ من المشروع التهدي عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٩٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ و ص ٢٠٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٢٤/٢٥٧ : لا يجوز للقضاة أو وكلاء الخفزة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والأفركانية أن يشتروا ، بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم ، لا كلا ولا بعضاً من الحقوق المتنازع فيها التي تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التي يمارسون فيها وظائفهم ، فإذا وقع ذلك كان البيع باطلا . وفي هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلا ، ويجوز بطلانه بناء على طلب أي شخص له ذائدة في ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها . =

وتقابل في التقنينات المدية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤٣٩ - ٤٤٠ . وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ -
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٥ - ٥٩٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود
الليبي المادتين ٣٨٠ - ٣٨١ (١) .

١١٠ - البيع لعمال القضاء وهو الاسروداد : ونرى من ذلك أن
بيع الحقوق المتنازع بها حاصبة أخرى . فقد رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع
فيه يجس للمدين حق الاسروداد من المشتري . وهنا نرى أن المشتري إذا كان
أحداً من عمال القضاء . وبالتحديد أحداً ممن ذكروا بالنص - فإن البيع يكون
باطلاً ، ومن ثم لا يكون هناك محل للاسرداد إذ لا اسرداد في بيع باطل .
وقد ربط التقنين المدني الجديد ما بين النصوص المتعلقة ببيع الحقوق المتنازع

== (والأحكام متفقة في التقنينين . ثم يرد في التقنين السابق نص خاص بتعامل المحامي في
الحق المتنازع فيه إذا) كلاً من صاحب الحق . ونحو المادة ٢٥٧/٢٢٤ كانت تعتبر كافيّة
تحريم شراء المحامي لغيره أو جرمه . ويدخل في البيع الوفاء بمقابل إذا كان المحامي يأخذ مقابل
ألمابه جزءاً من الحق المتنازع فيه)

(١) التقنينات المدية العربية الأخرى . التقنين المدني السوري م ٤٣٩ - ٤٤٠ (مطابقتان
للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني المصري) .

(وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩) .
التقنين المدني الليبي - ٤٩٠ - ٤٩١ (مطابقتان للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٥ - ٥٩٦ (مطابقتان للمادة ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني
المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذبي - فقرة ٣٦٢ - فقرة ٣٦٩ -
والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ١١١ - فقرة ١١٢)

• تقنين الموجبات والعقود الليبي م ٣٨٠ : إن القضاء والحامين والكتبة القضائيين ومعاونيهم
لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخلية في حيز
اختصاص المحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها .

م ٣٨١ : إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يمدون
أشخاصاً مستمارين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

(والتقنين الليبي يتفق في مجموع أحكامه مع التقنين المصري ، إلا أنه أغفل النص على إعفاء
أعضاء النيابة والمحضرين كما أغفل النص على تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه الموكول إليه
الدفاع عنه ، وأقام قرينة قانونية على أن الزوجة والولد يعتبران اسماً مستعاراً) .

فيها ربطاً لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق ، إذ أن هذا التقنين الأخير عرّض لحق الاسترداد في مكان والبيع لعمال القضاء في مكان آخر ، وباعد ما بين المكانين حتى صار الربط بينهما ينطوي على شيء من الخفاء . ومذ ربط بينهما التقنين الحالي ، أصبح واضحاً أن بيع الحق المتنازع فيه لأحد عمال القضاء ، وهو بيع باطل ، لا يدع مجالاً لحق الاسترداد . فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق ، ويبطل البيع أصلاً فيرجع الحق لصاحبه ، ويكون المدين ملتزماً نحوه بكلّ الدين إذا صنى النزاع وثبت وجود الدين في ذمة المدين . أما العكس فجائز ، فإذا مرضنا أن المدين بالحق المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء وباع الدائن الحق من آخر ، فانه يجوز للمدين - ولو أنه من عمال القضاء - أن يسترد الحق المتنازع فيه (١) . ولا يحتاج عليه في ذلك بأنه اشترى حقاً متنازِعاً فيه رؤية النزاع فيه من اختصاصه ، لأنه إنما حسم النزاع بهذا الاسترداد ، ولأنه لم يشتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه ، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شرائه للمضاربة (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويبيع المحقّق المتنازع فيها حل هذا النزاع له خاصيتان : (أ) أنه لا يجوز إذا كان البيع لعمال القضاء الذين يقع اختصاصهم الفصل في النزاع . (ب) أنه يجوز إذا كان البيع لغير عمال القضاء المتقدم ذكرهم ، ولكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه إذا هو رد المشتري الثمن والمصروفات والفوائد . وقد ربط المشروع هاتين الخاصيتين إحداهما بالأخرى لما بينهما من العلاقة الطاهرة ، بخلاف التقنين الحالي (السابق) فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه (م ٣٥٤ - ٣٥٥ / ٤٤٢ - ٤٤٣) عن موضوع تحريم بيعه لعمال القضاء (م ٣٢٤ / ٢٥٧) ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) . وجاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل في حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء . فإذا باع الدائن حقاً متنازِعاً فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً كما تقدم ، ولا يكون للمدين في هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والفوائد . أما العكس فجائز ، ويكون لعمال القضاء الذي يتنازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وهاشم وقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور ، مطلق منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٣ - وانظر عكس ذلك : أوبرى ورو ، فقرة ٣٥٩ وأبما هاشم ١٢ - جيوار فقرة ١٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٢٩ .

وبمخلص ١٤! تقدم أن القانون ينظر في رغبة إلى بيع الحق المتنازع فيه . فهو في القليل ينطوي على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات ، ومن ثم جعل القانون الجزاء على ذلك حذراً في الاسترداد يعطيه للمدين . فإذا زادت الرتبة وكان المشتري هو أحد عمال التنازع بشترى حقاً نظر النزاع فيه يقع في اختصاصه ، زاد الجزاء على ما تقدم ، وبالشبهة هنا لا تتعلق فحسب بفكرة المضاربة ، بل نصل إلى حد استغلال التردد ، ومن ثم كان الجزاء أشد وقد جعله القانون بطلان البيع (١) . وحرّم القانون بوجه خاص على المحامي التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه الموكل إليه أمر الدفاع عنه ، سواء بالبيع أو بغيره من التصرفات .

وقد عرفنا فيما تقدم ماهو الحق المتنازع فيه (٢) . ويبقى أن نعرف : (١) من هم المشترون للحقوق المتنازع فيها . (٢) وما هو الجزاء على شراهم لهذه الحقوق (٣) وأحكام تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) .

(١) ولكن لا يمنع على عمال القضاء بيع حق لهم متنازع فيه ، لأن البيع بعكس شراء يقض سلّتهم بالحق ويمنح قسّم الشبهات (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٤ ص ١٨٢) .

(٢) فالحق المتنازع فيه معناه واحد . حيث حق الاسترداد ومن حيث تحريم شراؤه على عمال القضاء ، ومن ثم يكفي ليكون الحق متنازعا فيه في الحالتين ! تقدم في شأن موضوعه نزاع جدى ولو لم ترفع دعوى به أمام القضاء (قارن الأستاذ منصور مصحح منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥٧ مدني (٤٧١ جديد) التي تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تنفيذ عبارتها اشتراط ان يكون المتنازع على الحق قائماً بالفعل وقت الشراء ومعروفاً للمشتري : سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . وإذن فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع ومحتلاً أن ترفع بشأنه دعوى . ومحكمة الموضوع ، إذ تفصل في وصف كون الوقائع التي اثبتتها وقررتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق متنازعا فيه ، إنما تفصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدني (٤٧١ جديد) . إذ عدم توافره . وإذن فمسلها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٨ ص ٣٨٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن النزاع في الحق المانع من البيع الذي نصت عليه المادة ٢٥٧ مدني (٤٧١ جديد) يجب أن يكون قائماً فعلاً أو محتملاً وقت التعاقد ، فكل نزاع يحد أو ينشأ بعد التعاقد لأسباب لم تكن ظاهرة وقت التعاقد لا يصح أن يكون حائلاً دون البيع للأشخاص الذين ذكرهم القانون (استئناف مصر ١١ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ١١ ونم ٨٢) .

١١١ - المسترون للمفون المنازع فيها : اخطور عليهم الشراء

هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبه المحاكم وأخضرون . وقد ذكروا في المادة ٤٧١ مدنى على سبيل الحصر ، فلا يجوز انقباس عليهم ، ولا يمتد اخطور إلى الخبراء (١) ومنزجى المحاكم ووكلاء المحامين وكتبهم وخدم المحاكم وحجائها وفراسيها والحراس ورجال الشرطة ومأمورى الضبطية القضائية (٢) .

والقضاة يشملون كل من ولى وظيفة القضاء . فقضاة المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون « قضاة » . ويشمل اللط أيضاً مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية (٣) ، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحالس المالية عندما كانت هذه المحاكم موجودة . والمحظور شراؤه على القاضى بنس أو يضيى بحسب المحكمة التى يباشر فيها وظيفته . فقاضى المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المنازع فيها إذا كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة الجزئية وحدها ، ويجوز له شراء الحقوق المنازع فيها فيما عدا ذلك ولو كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التى تتبعها محكمة (٤) ، على أن يكون للمدين حق الاسترداد على النحو الذى قدمناه فيها يتعلق بهذا الحق . وقاضى المحكمة الكلية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته ، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل فى

(١) لا يدخل الخبراء ولو كانوا مقيدين فى الجدول (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٢٢م ٤٤ ص ١٤١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥ .
(٣) ولا يدخل مستشارو الرأى والتشريع فى مجلس الدولة والأعضاء الفنيون بهذين القسمين والمرظفون الفنيون بوزارة العدل ، فكل هؤلاء ليست لهم ولاية القضاء . كذلك لا يدخل المحكمون ، فهؤلاء لا يسمون « قضاة » .

(٤) غير أن محكمة استئناف مصر قضت بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يتصرفون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية لديها ، لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها . بل هى محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون أصلاً فى المحاكم الكلية ثم يتدبون للعمل فى الجزئيات (استئناف مصر ١٣ يونيو سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٤ رقم ١٢٠ ص ٢٤١) .

الاختصاص النهائي للمحكمة الجزئية ، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة ، بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم إليه طلبات إضافية نجد قابلاً للاستئناف (١) . ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته ، بما في ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة . أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشتري أى حق متنازع فيه ، لأن اختصاص محكمته يمتد إلى جميع أنحاء الدولة ، وهذا حتى لو كان الحكم في النزاع غير قابل للنقض للاحتتمالات التي قدمناها .

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاوني النيابة . ولا بدخل فيهم معاونو الإدارة ، ولا أعضاء النيابة الإدارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع التقنين الجديد . ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التي يعمل فيها ، ويمتد اختصاص النائب العام إلى جميع أنحاء الدولة وكذلك المحامون العامون وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض .

والمحامون هم كل من كان عضواً في نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التمرين . ومن هؤلاء المحامين من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع من اختصاص أية محكمة جزئية في جميع أنحاء البلاد . منهم من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الكلية والجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها جميعاً . والمحامون المسموح لهم بالمرافعة أمام محكمة النقض أو أمام محاكم الاستئناف يحظر عليهم هم أيضاً شراء أى حق متنازع فيه (٢) .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٤ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ - مكس ذلك ماركاديه م ١٥٩٨ فقرة ١ .

(٢) ومع ذلك فقد ذهب رأى إل قصر المنع على حالة ما إذا كان المشتري محامياً من أحد المتنازعين (الأستاذ فضى زغلول ص ٢٢٦) ، وذهب رأى آخر إل قصر المنع على المحاكم التي يتراعى فيها المحامى بصفة مستمرة (الأستاذ حلى عيسى فقرة ٩٠٢) أو المحكمة التي يباشر عمله فضلا في دائرتها (الأستاذ اسماعيل غانم ص ٤٢ - ص ٤٣) ، غير أن هذه الآراء يموزها سند من القانون (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٢٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٥ ص ١٨٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٨١) .

وكتبة المحاكم بندرج فيهم كتاب الجلسات ، وعبرهم من الكتاب ككتاب الحسابات والسكرتارية والقيود وغير ذلك من الأقسام الإدارية . والكاتب موظف في محكمة معينة ، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة ، سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة كلية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض .

كذلك المحضرون كل معين في محكمة معينة ، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة

وبلاحظ أن يجب توافر الصفة في الوقت الذي يتم فيه الشراء ، فلو أن المشتري لم يكن قاضياً في محكمة القاهرة وقت أن اشترى حقاً متنازعا فيه من اختصاص هذه المحكمة ، فالشراء جائز حتى لو نقل القاضي بعد ذلك إلى محكمة القاهرة ورفع النزاع أمام هذه المحكمة ، وعليه في هذه الحالة أن ينتج عن نظر القضية . ويجب أيضاً أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء ، فلو لم يتم في شأنه نزاع جدي وقت أن اشتراه عامل لقضاء فالشراء صحيح ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائماً قبل ذلك وانحسم . ويجب أخيراً أن يكون عامل القضاء عالماً بوقوع النزاع في الحق وقت شرائه (١) .

ويستوى أن يكون الشراء واقعاً على كل الحق . أو واقعاً على بعضه . كما يستوى أن يشتري عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي أو باسم مستعار (٢) .

١١٢ - جزاء الحظر : ولا شك في أن جزاء الحظر بطلان البيع بطلائاً مطلقاً ، فالنص (م ٤٧١ مدى) صريح في هذا المعنى . ولا يكتفى لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للقواعد المقررة

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن المأني لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ، ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعا فيه (٢٥ يونيو سنة ١٩٢٤ الهامة . رقم ٢/٢٦ ج ١٩) .

(٢) كأن يشتري باسم زوجه أو ولده أو قريب له أو صديق . ويجوز إثبات الشراء باسم مستعار بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيعة والقرائن . وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٢٨١) قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار (انظر آنفاً فقرة ١٠٩ في الهامش) .

في البطلان (١) . ومن ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق في هذا البيع ، كما سبق القول . ويترب على بطلان البيع أن المشتري يسترد ما دفعه ثمناً للحق ، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي .

والبطلان يقوم على أساس أن البيع مخالف للنظام العام . فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها . وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلاً . ففي القليل قد ألتى بشرائه الحق المتنازع فيه طلاً من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه . فهذه الاعتبارات تنصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب ، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق (٢)

١١٣ - تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) :

وقد ورد في التقنين المدني (م ٤٧٢) نص صريح في تحريم تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه . ويلاحظ أن نص المادة ٤٧١ مدني كان وحده يكفي لتحريم شراء المحامي حقاً متنازلاً فيه لموكله . بل لأن النص أوسع من ذلك إذ يحرم على المحامي أن يشتري أى حق متنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق كما سبق القول . أما المادة ٤٧٢ مدني فهي أضيق من المادة ٤٧١ مدني من

(١) ويرى التحريم والبطلان المطلق على الوفاء بمقابل والمقايسة كما يسرى على البيع ، لأن كلا من الوفاء بمقابل والمقايسة تدري عليه أحكام البيع (انظر الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٢) .

(٢) ومن ثم فقد قيل إن عامل القضاء لا يسترد ما دفعه من الثمن في شراء الحق المتنازع فيه لأنه الطرف الملوئ ، ولكن هذه النظرية القديمة قد هجرت ، وما دام البيع باطلا لا يترب عليه أثر فإنه يسترد ما دفعه .

وفي فرنسا نص على عدم جواز شراء عامل القضاء لـ الحق المتنازع فيه ، دون أن يصرح النص بالبطلان كما صرح نص التقنين المدني المصري ، فانقسم الفقه الفرنسي بين قائل ببطلان البيع وقائل بتأويله للإبطال . فن القائلين بالبطلان : لوران ٢٤ فقرة ٦٣ - جيوار ١ فقرة ١٤٠ - ميك ١٠ فقرة ٥٥ . ومن القائلين بالتأويل للإبطال : ديملوب ٢٩ فقرة ٦٩ - أوبري ورو ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ - وهامش ٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٢٧ - جوران ٢ فقرة ١٠٢١ .

ناحية ، وأوسع من ناحية أخرى . هي أضيق ، لأنها تشترط أن يكون المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه . وهي أوسع ، لأنها تنقض بأنه متى كان المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه ، وليس الشراء فحسب . فلا يجوز له أن يشتري الحق ، ولا أن يقبض عليه ، ولا أن يوهب له ، ولا أن يشارك فيه ، ولا أن يقترضه . ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءاً من الحق في مقابل أتعابه ولو تولى الاتفاق على التقاضي . والحظر هنا أيضاً يقوم على اعتبارات تنصل بالنظام العام ، إذ يخشى أن يستغل مركزه فيوهم موكله أن حظه في استخلاص حقه غير كبير ، ويحمله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً . ومن ثم يكون التعامل باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويستوى أن يتعامل المحامي باسمه أو يتعامل باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق . وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المحامي تقدير أتعابه ، ويرجع على الموكل بها هي وما عسى أن يكون قد أنفق على التقاضي (١) . كذلك لا يوجد ما يمنع ، إذا انتهى النزاع في الحق ، أن يتعامل المحامي فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه (٢) .

وقد كان تعامل المحامي في الحق الموكل في النزاع بشأنه محرماً على الرأي الراجح ، في عهد التقنين المدني السابق (٢) ، تطبيقاً للمبدأ العام الذي يحرم

(١) أما تعامل المحامي الباطل في الحق المتنازع فيه فيكون محل مواخذة تأديبية (انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٤٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٦ - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « زاد المشروع بأن ذكر تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لهال القضاء ، هو التطبيق الكثير الوقوع في المثل ، وهو تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي تولى الدفاع عنه - *pacte de quota litis* - سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره ، وسواء تعامل المحامي باسمه أو باسم مستعار : م ٦٣٨ من المشروع وهي منقولة من المشروع الفرنسي الإيطالي م ٢/٣٣٣ ، ولا نظير لها في التقنين الحالي (السابق) . ويلاحظ أنه يجوز ، بعد انتهاء النزاع ، أن يتعامل الموكل مع المحامي في الحق الذي كان متنازعا فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٣) استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٢ ص ٣٢٨ - استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٤ - الأستاذان =

على المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين في النزاع أو غير موكلين . فلم يستحدث التقنين المدني الجديد حكماً جديداً في هذا الصدد ، وإنما أورد نصاً خاصاً صريحاً في التحريم (١) .

٢٥ - بيع السلم

١١٤ - **السلم في الفقه المصري** : لما كان بيع المذموم باطلاً في الفقه الإسلامي ، فقد استثنى من هذه القاعدة بيع السلم ، وهو بيع شيء غير موجود ولكنه ممكن الوجود . ونستعرض هنا في إيجاز ، ملخصاً عن البدائع (٢) ، الخطوط الرئيسية في بيع السلم في الفقه الإسلامي ، ثم نعرض لهذا النوع من البيع في القانون المصري . ولما كان تقنين الموجبات والعقود اللبناني أفرد لهذا البيع نصاً خاصاً ، فالتنا نعرض لهذه النصوص بعد ذلك .

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بشئ مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم . ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم ، والبائع المسلم إليه ، والمبيع المسلم فيه ، والثمن رأس المال . وزى من ذلك أن السلم هو بيع المذموم ، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المذموم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه . على أن السلم

= أحمد نجيب الحلال وحامه زكي فقرة ٢٢٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧ ص ١٦ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٥ .

وإذا كان التقنين المدني السابق لم يشتمل على نص صريح في تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه الموكل في النزاع بشأنه ، فقد احتل قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٥ على هذا ، إذ تنص المادة ٤٣ من هذا القانون بما يأتي : « وليس له على كل حال أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يتفق على أخذ جزء منها نظير أتعابه ، أو على أجر ينسب إلى قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها . وعلى كل حال لا يجوز له أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يحصل له مصلحة في الدعوى » .

(١) ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مماثل المادة ٤٧٢ من التقنين المدني المصري ، ولكن الفقه الفرنسي يحرم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه تطبيقاً لقاعدة ١٥٩٧ مدني فرنسي وهي التي تماثل المادة ٤٧١ مدني مصري (بودري وسينيا فقرة ٢٩٨) .

(٢) البدائع للكاساني ٥ ص ٢٠١ - ص ٢٠٥ .

شروطاً وقيداً نخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعدوم ، وتكسبه صفة خاصة نجعله استثناء منبداً في حدود صفة .

فيشترط في المبيع - المسلم فيه - أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحظنة سفية وسط أو تمر فارسي جيد . وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير . فلو كان مما لا يمكن ، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه . فيجوز السلم إذن في الكميات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفي العدديات المتقاربة كالجوز ، البيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجرى التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفي الذرعات كالتياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض بتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم . ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلي والجلود والبطيخ والقشاء والسفرجل والرمان ، إلخ . لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة . ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتعيين ، فإن لم يكن كالدرهم والدنانير ، لم يجوز السلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع والمبيع يجب أن يتعين بالتعيين ، كما يجب أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ، حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية ، وعند الشافعي هذا ليس بشرط ، وسلم الحال جائز . وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه - انبائع - تمكيناً له من الاكتساب ، فلا يكون لازماً كما في بيع العين . واحتجت الحنفية بأن السلم حالا يفضي إلى المنازعة لأن السلم بيع المفاليس ، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم بطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى المسخ . وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعارص عذر عدم ضرورة الإفلاس ، فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية . ولومات المسلم إليه قبل الأجل ، حل

الدين . ويجب أن يكون نوع السلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل ، فإن لم يكن النوع موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشياء ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . أما الثمن - رأس المال - في السلم ، فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برقي وسط . ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم ، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين ، وإنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع بالكالء الكالء أى النسيئة بالنسيئة . ويشترط القبض ما دام رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً ، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً ، وهو قول مالك . وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين . وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين .

ويتبين مما قدمناه أن السلم ، بما أحاطه من قيود ، أصبح عقداً خاصاً يتميز عن سائر العقود . وأهم القيود التي تحيط به أربعة : (١) يجب قبض رأس المال ، أى الثمن ، في مجلس العقد . (٢) يجب أن يكون نوع المبيع موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين . وهذا الشرط ، في رأينا ، يعوض انعدام ذات المبيع وقت العقد ما دام نوعه موجوداً ، فكان السلم يرد لا على معدوم ، بل على موجود بالنوع لا بالذات . ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه (المبيع) مما لا يحتمل انقطاعه ، ويرجع ذلك في الغالب إلى الخشية من الضرر ، فإن الشيء الذي ينقطع نوعه لا يخلو التعامل فيه من غرر . فلا يجوز السلم في ثمر نخلة بعينها لم ينقطع ولا في محصول أرض بالذات لم ينبت ، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة . وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لا باحة بيع محصول مستقبل لأرض بالذات . (٣) ولا يجوز السلم في العدييات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلئ والطبيخ والقضاء والرمان والسفرجل ونحو ذلك . (٤) ويجب أن يكون هناك أجل معلوم

للسلم عند الحنفية فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المندوم في الحال . حتى لو ثبت أن المسلم إليه (البائع) قادر على التسليم . ذلك أن طبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء ، وهو بيع بأوكس الأثمان ، إذ البائع يبيع مالميس عنده ، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال ، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل (١).

١١٥ - السلم في القانون المصري : ولم يرد نص خاص ببيع السلم

في التقنين المدني المصري . وليس التقنين في حاجة إلى ذلك فقد رأينا أن بيع الشيء المستقبل فيه جائز ما دام محتمل الوجود . فيجوز إذن بيع المحصولات المستقبلية وبيع المكبلات والموزونات والعدييات المتقاربة والمتفاوتة والمذروعات وغير ذلك ، حتى لو لم توجد في الحال ، ما دامت توجد في المستقبل . وابتاع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة ، فلا يشترط فيه قبض الثمن في الغنص كما يشترط ذلك في الفقه الإسلامي ، كذلك لا يشترط أن يكون غير منقطع النوع ، ولا أن يكون من العدييات المتقاربة ، وذلك لأن قواعد القانون المصري تحتمل من الغرر ما لا تحتمله مبادئ الفقه الإسلامي .

وفي القانون المصري يوجد بيع مؤجل التسليم - *vente à livrer, marché à terme* - ويكثر التعامل به في البورصة ، في البضائع كالقطن وفي الأوراق ذات القيمة كالأوراق المالية المسعرة . ولكن هذا البيع لا يقابل بيع السلم ، فهو بيع

(١) فلو أن السلم في الفقه الإسلامي تحلل من هذه القيود ، وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت سلم المبيع ، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل - حتى يجوز بيع محصول بالذات ، لا يمكن القول إن السلم هو الطريق الذي يؤدي إلى جواز بيع المندوم في الحال في الفقه الإسلامي ما دام أنه يحقق الوجود في المسأل . وقد سارت المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي ، كما رأينا ، شوطاً في نحو هذه القيود . فعند مالك لا يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عيناً لا ديناً . ولا يشترط عند مالك والشافعي عدم انقطاع السلم به من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم في المندوم إذا غلب على الغلبة وجوده وقت الوفاء .

ومع ذلك فالقيود التي لا يزال مستعمية ، في مختلف المذاهب . هو شرط تعجيل الثمن إذا كان ديناً ، ويضاف إليه أن الأجل يسقط بموت المبيع .

مضاربة ، أما بيع السلم فقد رأينا أنه يبيع المغاليس . ففي الصفقات الآجلة (marché à terme) يغلب أن يكون كل من البائع والمشتري مضارباً على الفرق في الأسعار ، فتنتهي الصفقة لا إلى التسليم حيناً بل إلى دفع الفرق ، فإن ارتفع السعر دفع البائع الفرق ، وإن نزل فالفرق يدفعه المشتري . وبعد البيع على هذا الوجه في بورصة مرخص بها ، وبحصل بواسطة سمارة مقيدة أسماؤهم في قائمة تحررها لجنة البورصة ، ويرد على بضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة (١) . أما بيع السلم في الفقه الإسلامي ، فالمفروض فيه أن شخصاً يكون في حاجة المال قبل أن ينتج سلعته فيأخذه من الغير في مقابل أن يورد له السلعة في أجل معين . فوظيفة بيع السلم الاقتصادية وهي الحصول على مال عاجل في مقابل شيء آجل (٢) ، غير وظيفة الصفقات الآجلة وهي في الغالب المضاربة على فروق الأسعار .

١١٦ - السلم في القانون اللبناني . وقد أوردتقنين الموجبات والعقود اللبناني نصوصاً خاصة ببيع السلم ، تخطى فيها القيود التي أسلفنا ذكرها في الفقه الإسلامي ، إلا قيد تعجيل الثمن فإنه استبقاه ، وأضاف إليه أن يكون إثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم تزد قيمته على النصاب المقرر للينة والقرائن .

فتنص المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود على أن : بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغاً معيناً من النقود ، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان . ولا يثبت هذا العقد إلا بالكتابة . وتنص المادة ٤٨٨ على أنه : يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد . وإذا لم يعين ميعاد لتسليم المبيع ، اتبع العرف في تحديد هذا الميعاد (م ٤٨٩ لبناني) . وإذا لم يبين مكان التسليم ، وجب أن يكون مكان العقد (م ٤٩١ لبناني) . ويجب أن يكون المبيع معيناً بكميته أو بصفته أو بوزنه أو بكياله كالمواد الغذائية ، فإن كان مما لا حد ولا يوزن فيمكن أن يعين بوصفه وصفاً دقيقاً (م ٤٩٠ لبناني) .

(١) أنظر المادة ٧٣ من التقنين التجاري - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٤ .

(٢) فهو ضرب من بيع الاتئان ، خاصيته أن المبيع لا الثمن هو المؤجل .

ثم تنص المادة ٤٩٢ من تشريع المرحبات والعمود على أنه : « إذا تعذر على البائع بسبب قوة قاهرة ودون خطأ أو تأخر منه أن يسلم ما وعده به ، فليشترى أن يفسخ العقد ويسترد الثمن الذي أسلفه أو أن ينظر إلى السنة التالية . وإذا عرّض نتائج في السنة التالية الشيء المعنود عليه البيع ، وجب على المشتري استلامه ، وليس له أن يفسخ العقد . وبسري هذا الحكم أيضاً إذا كان المشتري قد استلم قسماً من المبيع . أما إذا كان الشيء المتعاقد عليه غير موجود ، فنطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة » .

المطلب الثاني

تعيين المبيع

١١٧ - كيفية تعيين المبيع : قدمنا عند الكلام في تعيين المحل (١) أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

فاذا وقع البيع على شيء معين بالذات ، وجب أن يوصف الشيء وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . فاذا باع شخص داراً ، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن الدور الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها (٢) . وإذا باع آلة ميكانيكية ، وجب أن يبين نوعها وأوصافها المميزة . وقد رأينا فيما قدمناه أن المشتري يجب أن يكون أيضاً عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (م ١٩ ، مدني) .

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات ، فإنه يجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره (م ١/١٣٣ ، مدني) ، فيقال مثلاً مائة أردب من القمح الهندي من الصنف

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الرطانية بألا ضرورة لذكر حدود الأطلسان مادام للمعاقدين علم تام بموقع وحدود هذه الأطلسان (١٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٧٧ ص ١٤٩) . وقضت أيضاً بأن يكون لتعيين الأرض المبيعة ذكر التسمية والحوص ورقم القطعة دون بيان حدود الأرض (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المهامة ٢ رقم ١/١٢٢ ص ٤٨٦) .
(م ١٥ - الوسيط ج ٤)

الجيد . فإذا لم يحدد المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطيع به تحديدده (م ١٣٣/٢ مدني) ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . وقد يتنسر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن البائع ، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن المشتري (م ١٣٣/٢ مدني) (١) .

ونرى مما تقدم أن تعيين المبيع إذا لم يكن معيناً بالذات يحصل بالتقدير ، وقد يكون البيع جزافاً . كذلك قد يكون بيع المقدرات بالعينة . أما الشيء المعين بالذات ، فيتعين بوصفه وصفاً يميزه عن غيره تمييزاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . ولا يمنع الشيء من أن يكون معيناً أن يكون مجموعاً من المال كما في بيع التركة . فنبحث على التوالي : (١) البيع بالتقدير والبيع الجزاف (٢) البيع بالعينة (٣) بيع التركة .

§ ١ - البيع بالتقدير والبيع الجزاف

(vente au poids, au compte ou à la mesure — vente en bloc)

١١٨ - كيف يكون البيع بالتقدير : رأينا أن المبيع إذا كان من المتعلقات ، وجب أن يعين وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً . فإذا باع شخص

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يقرر كيفية تعيين المبيع المعين بالنوع فقط ، وهو المادة ٥٨٠ هـ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا لم يتعين الشيء المبيع إلا بنوعه ، وجب أن يكون هذا الشيء معيناً تعييناً كافياً ، عدداً أو وزناً أو كيلاً أو مقاساً » . ويقابل هذا النص المادة ٣٢٨/٢٦١ من التقنين المدني السابق ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « فإذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط ، لا يكون البيع معتبراً إلا إذا كان التعيين يطلق على أشياء يقوم أحدها مقام الآخر ، وكان المبيع معرّفاً بالوجه الكافي عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضا المتعاقدين المبني عليه صحيحاً » . ولا فرق في الحكم بين التصبن . وقد حذف نص المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من الفوائد العامة (محرمة الأعمال التحضيرية : ص ١٤ - ص ١٥ في الهامش)

من آخر مائة أفة من السكر فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن ، أو باع ستين أردباً من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل ، أو ماتى ذراع من القماش فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس ، أو خمسمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير عن طريق العدد .

وزى من ذلك أن المبيع إذا احتاج في تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقياس أو عدد ، كان البيع بالتقدير ، لأن المبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً أو مقياساً أو عدداً . ويتم التقدير في المكان والزمان المتفق عليهما ، وإذا لم يكن هناك اتفاق اتبع العرف ، وإذا فنى مكان تسليم المبيع وفي الوقت الذى يجب فيه التسليم . ويجب أن يكون تقدير المبيع - الوزن أو الكيل أو المقاس أو العدد - واقعاً من البائع أو نائبه بمحض من المشتري أو نائبه (١) .

١١٩ - كيف يكبره البيع الجراف - نص قانونى : وإذا كان الشيء

مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد ، ولكن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، فالبيع جراف . فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التى توجد في مخزنه ، وعين المخزن تعييناً كافياً ، فإن البيع لا يكون في هذه الحالة بالتقدير ، بل يكون جرافاً .

ويكون البيع جرافاً أيضاً حتى لو باع نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلوبيدى دالموز • لفظ vente فقرة ٨٥٣ - فقرة ٨٦٠ - ويصح تبعاً للعرف أن يكون إثبات إفراز المبيع بوضع علامة على أكياس النقل مثلا . وتكون مصروفات الوزن والكيل والمقاس والعمدة عادة على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ ص ٣٧٦) .

وقد يتم التقدير بغير محضر المشتري أو نائبه ، كما إذا تم الوزن بميزان معتمد (القبان) وجرى العرف بذلك ، أو سلم المبيع إلى حامل النقل فإن هذا التسليم يستخلص منه اتفاق ضمني بين البائع والمشتري على أن التقدير يتم بتسليم المبيع إلى حامل النقل ، وهذا ما لم يشترط المشتري أن التسليم لا يتم إلا بعد وصول البضاعة إليه وتسليمها من حامل النقل . أنظر في هذه المسألة : أوبرى ورو • فقرة ٣٤٩ هاش ٤١ ثانياً — بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ — أنسيكلوبيدى دالموز ، لفظ vente فقرة ٨٥٧ - فقرة ٨٦٠ — الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٦٥ .

أو أى جزء شائع فيها ، فيكون للمشتري هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالمخزن (١).

ويبقى البيع جزافاً كذلك إذا هو باع كل ما فى المخزن أو جزءاً شائعاً منه ، ولو كان قد قدر المبيع بمقدار معين ، كما إذا باع كل ما فى المخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة أردب . فالبيع فى هذه الحالة قد وقع على كل القمح الموجود فى المخزن أو على نصفه ، فهو بيع جزاف (٢) ، وإذا تبين أن الكل أو النصف ينقص عن مائة أردب أو يزيد فهذه مسألة ضمان سنعرض لها فيما بعد .

وما دام المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فالبيع جزاف ، حتى لو احتاج الثمن إلى التقدير (٣) ، فإذا باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه بسعر الأردب خمسة جنيهات ، فإن البيع فى هذه الحالة يكون بيعاً جزافاً ، لأن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فهو كل القمح الذى فى المخزن وإن احتاج الثمن إلى تقدير لأنه لم يعين إلا على أساس سعر الأردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذى فى المخزن ليعرف مقداره . وهناك رأى يذهب إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون بالتقدير ، مادام الثمن يحتاج فى تحديده إلى تقدير ولو كان المبيع لا يحتاج إلى ذلك . ويقول أصحاب هذا رأى إنه قبل تحديد الثمن لا يتم البيع لانعدام عنصر جوهرى فيه هو الثمن إذ هو لم يتعين ، والذى يتم إنما هو عقد غير مسمى وليس بعقد البيع . والصحيح أن الذى تم فى فرضنا هذا هو عقد بيع لا عقد غير مسمى ، والثمن غير منعدم ويكفى إذا لم يكن معيناً أن يكون قابلاً للتعيين ، وهو هنا قابل للتعيين بتحديد مقدار المبيع (٤). وقد حسم التقنين الملتقى الجديد هذا الخلاف ، فنصت

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٣ - بلانويول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - ص ٣٧٣.

(٢) أوبرى ورو ٥ فقر ٢٤٩ هامش ٤٣ - بودرى وسينيا فقرة ١٥٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ - الأستاذ جيل الشراوى فقرة ٤٩ ص ١٢٦ .

(٣) استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٢٢ ص ٤٥ - شين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٣٨٥ ص ٧٨٢ - استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ .

(٤) وإذا أخذنا بالرأى الأول فى القانون الفرنسى ، فإن تبعة هلاك المبيع قبل تقدير الثمن تكون على البائع ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد تقدير الثمن . ومن الغائلين بهذا ==

المادة ٤٢٩ منه على أنه إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع ، (١) .

== الرأى : ماركاويه م ١٥٨٥ - م ١٥٨٦ - فقرة ١ - فقرة ٢ - حيث ١٠ - فقرة ١٨ - بودرى وسينيا فقرة ١٤٨ - فقرة ١٥٠ - أما إذا أخذ بالرأى الثاني ، فقبل تقدير الثمن يتحمل المشتري ثمة الهلاك في القانون الفرنسى دون القانون المجرى ، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري في القانونين ومن القانونين هذا الرأى : أوبرى ورو ٥ - فقرة ٣٤٩ ص ٢٣ - هامش رقم ٤٣ - جازار ١ - فقرة ٣٠ - بيدان ١١ - فقرة ١٦١ - بلايول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - كولان وكايت ٢ ص ٥٦٠ - الأستاذ أوبر - فقرة ١٥٧ - الأستاذ داس - فقرة ١٠ - تحت اهلاز وحامه زكى فقرة ٥٣٣ . والقضاء الفرنسى أخذ بعد تردد برأى الثاني (انظر الأحكام في بلايول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٢ هامش ٤ - أنليكويريبي داتوز - لفظ venie - فقرة ٨٤٩ وفترة ٨٥١) .

وهناك رأى في الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المبيع إذا كان جزافاً والثمن هو الذي يحتج إلى تقدير ، فملكية المبيع الجزاف تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد ، ولكن ثمة هلاك تكون على البائع وفقاً للمادة ١٥٨٥ فرنسى فهو يجعل ثمة الهلاك على البائع في المبيع بالتقدير ولا تعرض للانتقال الملكية (ديراتون ١٦ - فقرة ٩٢ - ديمرجيه ١ - فقرة ٨٣ - وب بعدها - لوران ٢٤ - فقرة ١٣٩ - كولميه دى سانجر ٧ - فقرة ٧ مكررة ثانياً) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٩ من المشروع اتجهى على الوجه الآتى :

« ١ - ينتقل البيع من تلقاء نفسه ملكية الشيء المبيع وفقاً للمادة ٢٨٠ إذا كان هذا الشيء معيماً بالذات . أما إذا كان الشيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بفرضه وفقاً للمادة ٢٨١ .
٢ - إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري كما تنتقل في الشيء المعين بالذات . ويكون البيع جزافاً حتى لو كان واجباً في تحديد الثمن أن يقدر المبيع . » وفي جنة المراجعة حذف الفقرة الأولى لأنها مستفادة من الفروع العامة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٢ في المشروع الهائى . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٤ - ص ٤٦) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٦/٢٤٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : إذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس - والمادة ٢٤١/٣٠٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : أما إذا كان البيع ليس جزافاً ، بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقياس ، فلا يعتبر البيع تاماً ، بمعنى أن المبيع يبقى في ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يمس أو يقاس - والمادة ٣٣٨/٢٦٨ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : لا تنتقل ملكية المبيع المعين بنوعه فقط إلا بتسليمه للمشتري . ويلاحظ أن التقنين المدنى السابق وقع فيه خطأان : (أولاً) قرر أن المبيع المعين بالوزن لا يبقى في ضمان البائع إلا إلى وقت الفرز ، والصحيح أنه يبقى في ضمان البائع إلى وقت التسليم . (ثانياً) قرر أن المبيع المعين بالنوع =

وزى من ذلك أن البائع إذا باع مثلاً عشرين أردباً من القمح - سواء من القمح الموجود في مخزنه أو من أى قح آخر بصفه وصفاً كافياً - كان البيع بالتقدير ، سواء احتاج الثمن إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات مثلاً ، أو قدر جزافاً بأن جعل ثمن العشرين الأردب مائة جنيه جملة واحدة . وإذا باع كل القمح الذى في مخزنه أو جزءاً شائعاً منه ، فإن البيع يكون جزافاً ، سواء قدر الثمن جزافاً بأن جعل مائة جنيه جملة واحدة ، أو احتاج إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات . فالعبرة في بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف ، سواء قدر الثمن جزافاً أو احتاج إلى تقدير .

١٢٠ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث

انتقال الملكية : والتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف على النحو الذى قدمناه له أهمية كبيرة من حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشتري . ففى بيع الجزاف تنتقل

= لا تنتقل ملكيته إلا بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالمقد حتى لو تم التسليم . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعه الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية المصرية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٧ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى (وانظر فى القانون المدنى للسورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٥ - فقرة ٨٧) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٨ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣١ ، وتجرى هل الوجه الآتى : إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز (والحكم واحد في التقنينين العراقى والمصرى - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٩ - فقرة ١٤٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٦) - وفى تقنين الميرجيات والعقود الليبانى المواد الآتية : م ٣٧٤ - يكون البيع : ١ . إما جزافاً وهو الذى يكون موضوعه يحمل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس ، إلا إذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن . . . م ٣٨٩ - إن البيع جزافاً يمد تماماً منذ اتفاق المتعاقدين على المبيع واتسمن ، وإن لم يحصل وزن أو عد أو قياس مما هو لازم لتعيين الثمن عند الاقتضاء - م ٣٩٠ - إذا كان البيع بالوزن أو بالعد أو بالقياس ، فإن البيع يبقى في ضمان البائع إلى أن يتم الوزن أو القعد أو القياس . وانظر أيضاً المادة ٣٩٧ . (والأحكام واحدة في التقنينين الليبانى والمصرى) .

ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع كما في سائر البيوع (١). أما في بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد البيع، ولكن تنتقل بإفراز المبيع وزناً أو كيلاً أو مقياساً أو عدداً على الوجه الذى قدمناه. وإفراز لا البيع هو الذى ينقل الملكية، لأن الملكية لا يتصور انتقالها إلا في شيء معين بالدات، ولا يتعين المبيع بالذات في بيع التقدير إلا بالإفراز. ولما كان الإفراز يتم عادة وقت التسليم، فإن العمليتين - الإفراز والتسليم - تختلطان إحداهما بالأخرى، ويبدو أن الذى ينقل الملكية هو التسليم. لكن إذا تأخر التسليم عن الإفراز، فإن الملكية تنتقل بمجرد تمام الإفراز وقبل أن يتم التسليم (٢).

ويستخلص مما تقدم أنه إذا باع شخص القمح الذى في مخزنه، سواء بسعر إجمالى أو بسعر الوحدة فى هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجود فى المخزن إلى المشتري بمجرد انعقاد المبيع (٣). أما إذا باع عشرين أردباً من القمح الموجود بمخزنه أو الموصوف بأوصاف مميزة، سواء باعها بسعر إجمالى أو بسعر الوحدة، فإن ملكية العشرين الأردب لا تنتقل إلى المشتري إلا عند إفراز هذا المقدار وإعداده للتسليم، سواء سلم للمشتري أو لم يسلم (٤).

ويترتب على أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع فى بيع الجزاف أن ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة - نبيع قطاع من اعم أو مساحة معينة من أرض تنتج محصولاً - من وقت انعقاد البيع تكون للمشتري، إذ أن هذه الزيادة

(١) فإذا وقع بيع الجزاف على عقار، كبيع قطعة أرض محددة تؤخذ من مجموعة أكبر، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. وقد يساع المقار بالتقدير، كما في بيع ألف متر مثلاً نفرض من قطعة أرض معينة (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٩). فلا تنقل الملكية إلا بعد الإفراز والتسجيل.

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥ فى الخاتمة.
(٣) فإذا باع شخص محصول أرضه جزافاً مرتين متتاليتين لشخصين مختلفين، فليس الأول هو الذى ينقل الملكية، ويقدم على البيع الثانى (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠).

(٤) فإذا باع شخص محصول أرضه بالتقدير لا جزافاً، وبعد جنى القطن ولكن قبل أن يوزن ليسلم للمشتري حجز عليه أحد دائئى البائع، فالهجز يقع صحيحاً، لأن ملكية القطن لم تكن وقت الهجز قد انتقلت إلى المشتري (استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ١٢ ٤٨٨).

طرائق على ملكه . أما في بيع التقدير فلا تكون الزيادة للمشتري إلا بعد الإفراز ،
إذا هو لا يملك المبيع قبل ذلك (١) .

١٢١ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجراف من حيث

نحمل نعمة الهلاك : وهناك وجه آخر لأهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع
الجراف ، ذلك هو تعيين من يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . ولما كان
القانون الفرنسي ينقل تبعه هلاك المبيع إلى المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه
ولو قبل التسليم ، فإن تبعه هلاك المبيع في بيع التقدير لا يتحملها المشتري إلا بعد
إفراز المبيع أى بعد انتقال الملكية . فلو أن شخصاً باع عشرين أردباً من القمح
الذى في مخزنه ، ثم احترق المخزن بالقمح كله قبل إفراز المبيع ، فإن العشرين
الأردب الداخلة في القمح المحترق تهلك على البائع لا على المشتري لأنها لم تكن
قد فرزت ، ويتحمل المشتري من دفع الثمن (٢) . أما إذا باع صاحب المخزن جميع
القمح الذى في مخزنه جزافاً ، ثم احترق القمح قبل التسليم ، فإنه يهلك على
المشتري لا على البائع ، إذ انتقلت تبعه هلاك إلى المشتري بانتقال الملكية ، فيبقى
ملتزماً بدفع الثمن للبائع (٣) .

(١) ويترتب أيضاً على أن البيع هو بيع بالتقدير أن المشتري إذا استولى على المبيع حصة
منه لاستيلاء عليه قبل التقدير يكون مرتكباً لجريمة السرقة ، وإذا أفلس البائع قبل التقدير دخل
المبيع في التفليس ، وإذا أزعجت ملكية المبيع قبل التقدير للمنفعة العامة كان التحويل من حق
البائع لا من حق المشتري (بلانويل وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٣ هامش رقم ٤ — الأستاذ
عبد شاح عبد الباقي فقرة ٨٦ — الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٦٥) . ويعتبر الاشتراك
في المياه والغاز والنور وما إلى ذلك بيع جزاف لا بيع تقدير ، لأن الذى يحتاج إلى تقدير هو
الثمن لا المبيع . ويترتب على ذلك أن المشتري يملك المياه والغاز والنور بمجرد التوريد ولا يتوقف
ذلك على تقدير الكمية الموردة من طريق العداد (انيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٨٥١) .
(٢) وهذا بخلاف ما إذا باع عشرين أردباً وصفها بأوصاف مميزة ولم يقل إنها من القمح
الموجرد بالمخزن ، فإذا احترق المخزن بقى البائع ملتزماً بتسليم المشتري عشرين أردباً من القمح
بالأوصاف الملتصقة عليها ، ولا يحد احترق القمح في المخزن هلاكاً للمبيع (بودرى وسبينا
فقرة ١٤٩ ص ١٥٠) .

(٣) عليك ١٠ فقرة ١٦ — بودرى وسبينا فقرة ١٤٩ — وثبقى الصعوبة العملية في تقدير
الثمن ، وقد يكون متوقفاً على تقدير القمح وقد استحالت لاحتوائه . وعلى البائع عبء إثبات =

أما في مصر فنرى أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لا على المشتري ، حتى لو انتقلت الملكية إلى المشتري . فهلاك الشيء قبل التسليم ، سواء في بيع الجزاف أو في بيع التقدير قبل الإفراز أو بعده ، يكون في القانون المصري على البائع ، فلا أهمية إذن للتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من هذا الوجه . لكن الأهمية تظهر فيما إذا أعذر البائع المشتري لتسليم المبيع ، فإن تبعة الهلاك بعد الإعذار تكون ، حتى في القانون المصري ، على المشتري لا على البائع . فلو باع شخص كل القمح الذي في مخزنه جزافاً ، وأعذر المشتري لتسلم هذا القمح ، ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشتري ، فالحلاك على المشتري لا على البائع . ولو باع شخص عشرين أردباً من القمح الذي في مخزنه ، ثم أعذر البائع المشتري ليحضر الإفراز فلم يفعل ، ثم احترق المخزن بما فيه من القمح قبل أن يتم الإفراز ، فإن تبعة الهلاك في بيع التقدير هذا تكون على البائع لا على المشتري ، لأن المبيع لم يتعين بالإفراز بهلك على البائع .

١٢٢ - لافرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث الآثار

الالتزامات الشخصية : وفيما عدا انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك ، لا يوجد فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث أن كلا منهما ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المتبايعين . فبيع التقدير حتى قبل إفراز المبيع ، وبيع الجزاف حتى قبل تحديد الثمن إذا كان لا يتحدد إلا بالتقدير ، كلاهما عقد بيع تام ، وليس عقداً غير مسمى . فينشئ عقد البيع هذا جميع الالتزامات التي ينشئها البيع ، ولا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف في ذلك ، ولا بين البيعين وبيع العين المعينة بالذات .

في بيع التقدير ، كما في بيع الجزاف ، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ، يلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبحضور إفراز المبيع وتسلمه . فلو أن شخصاً باع من آخر عشرين أردباً من القمح ، كان للمشتري إجبار البائع على تسليم هذا المقدار ، أو الحصول على

= مقدار القمح الذي احترق ليثبت مقدار الثمن المسحق في ذمة المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٣٠٠ ص ٢٧٤) .

مثله على نفقة البائع بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدنى). وكان للبائع إجبار المشرى على تسليم المبيع ودفع الثمن. وكان لكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذه الالتزامات ، وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع إذا تحقق سبب للفسخ (١).

§ ٢ - البيع بالعينة

(vente par échantillon)

١٢٣ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - إذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها .

٢ - وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق (٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكنه متفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٤ - وهنقد جوسران موازنة بين بيع المذاق وبيع التجربة وبيع التقدير . فبيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، ينتقل بيعاً بارتضاء المبيع بعد المذاق . وبيع التجربة بيع مطلق هل شرط واقف أو شرط فاسخ ، ينتقل بيعاً باناً بارتضاء المبيع بعد التجربة . وبيع التقدير بيع بات ، ولكن تنفيذه مرجأ الى وقت تقدير المبيع (جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه قريب مما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، ببعض فروق لفظية . وقد أزيلت بعض هذه الفروق في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٣٣ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٠ بعد إزالة بقية الفروق اللفظية (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢١ وص ٢٣ - ص ٢٤) .

المادة ٣٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥١٨ - وفي تقنين المرجيات والعقود اللبناني المادة ٤٤٤ (١).

١٢٤ - العينة طريق لتعيين المبيع : قد يختار المتبايعان طريقاً دقيقاً لتعيين المبيع ، فيقدم أحدهما - ويكون غالباً هو البائع - بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . فيعطى بائع القماش مثلاً للمشتري عينة من القماش الذي يبيعه إياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش ، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشتري حتى يضمن عليها ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو ورق أو غير ذلك (٢).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٣٨٨م (مادة المادة ٢٠) من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى زروق فقرة ٤٩ - فقرة ٥٤).

التقنين المدني الليبي م ٤٠٩ : (مطابقة المادة ٢٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥١٨ : ١ - الأشياء التي تباع على منقضى مودجه ، تكون رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على منقضى مودجه ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تبين انموذج أو هنك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون دائماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

(والأحكام واحدة في التقنينين العراقي والمصري ، فيما عدا أن جراه عدم المطابقة للنموذج في القانون العراقي الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى ، أما في القانون المصري فالفسخ أو إنقاص الثمن أو إيجاب البائع على تقديم شيء مطابق للعينة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٧ - ٨٠ - الأستاذ عباس حسن الصراف ص ٢١٢) .

تقنين عراق والعقود اللبناني : م ٤٤٤ - إذا انعقد البيع بحسب نموذج فالبايع بضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المبيعة . وإذا هنك أو ناله عيب ، فعل المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، فيما عدا أن عيب إثبات عدم المطابقة للنموذج في حالة هلاكه تقع دائماً ، في التقنين اللبناني ، على المشتري ولو كان النموذج في يد البائع وضاع أو تلف ، وفي التقنين المصري يكون عيب إثبات المطابقة في هذه الحالة على البائع) .

(٢) أنظر البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي ابن عابدين ٤ ص ١٠١ - الأستاذ مصطفى الزرقا - فقرة ٥٢ .

والعينة تغني عن تعيين المبيع بأوصافه (١) فهي المبيع مصغراً، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها . وهي في الوقت ذاته تغني عن رؤية المبيع، إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع . وقد جاء النص الخاص بالعينة (م ٤٢٠ مدني) تالياً للنص الخاص برؤية المبيع أو العلم به (٤١٩ مدني) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص نص المادة ٤٢٠ مدني : « هذا النص جديد لانظير له في التقنين الحالي (السابق) ، وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج . وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع راكناً برؤية النموذج، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالاً بخيار الرؤية ، وهو موضع النص السابق » (٢) .

والمشتري هو الذي يحتفظ بالعينة عادة ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يحتفظ بها البائع .

١٢٥ - وجوب مطابقة المبيع للعينة : ويجب أن يحىء المبيع مطابقاً للعينة مطابقة تامة ، وللمشتري أن يرفض المبيع أو أى جزء منه لا يكون مطابقاً لها (٣) ، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها ، فقد تم الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولو كان أفضل (٤) .

كذلك متى جاء المبيع مطابقاً للعينة لا يستطيع المشتري رفضه ، ولو وجده غير ملائم لحاجته (٥) . بل ليس للمشتري، في الأشياء التي تجرب عادة أو مذاق ،

(١) نفقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧١ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٥) نفقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النفقض ٢ رقم ١١٦ ص ٧٣٠ -

استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٤ .

أن يرد المبيع المطابق للعينة ، ولو وجدته بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم ، فإدام المبيع مطابقاً للعينة وجب على المشتري قبوله (١) . ولكن ذلك لا يمنع من رجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع (٢) .

وإذا وقع نزاع ، مع وجود العينة ، فما إذا كان المبيع مطابقاً لها أو غير مطابق ، فإن البائع هو الذى يحمل عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينة (٣) . ويجوز الالتجاء إلى الخبراء فى ذلك ، ولكن رأى الخبير غير ملزم للقاضى (٤) .

١٢٦ - جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة : قلنا أن المبيع إذا لم يجه

مطابقاً للعينة ، لم يجبر المشتري على قبوله . وينفتح أمامه ، جزاء على عدم المطابقة ، أبواب ثلاثة :

أولاً - يستطيع أن يطالب بالتنفيذ العيني ، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للعينة (٥) . بل يستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق

(١) بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٢) بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٨ ص ١٦٢ — ومع ذلك فقد اقتضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري إذا احتفظ بالعينة يكون هو المكلف بإثبات عدم مطابقة المبيع لسنة (١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٥) . وقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينة (vente sur échantillon) والبيع على أساس نموذج (vente sur type) . ففى البيع الأول يجب أن يجه المبيع مطابقاً كل المطابقة لعينة ، أما فى البيع الثانى فيكون أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التى يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج مادام المبيع صالحاً لفرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٢) . وانظر الأستاذ أنور سلطان ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

هذا وليس المشتري ملزماً بمجرد تسليم البيع أن يضاهيه على العينة وأن يخطر البائع بعدم مطابقتها لما فى ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت تسليم البيع ، فإن هذا الالتزام إنما يقوم فيما بين مسلم البضاعة وأمين النقل والوكيل بالعمولة وفقاً لأحكام المادة ٩٩ من القانون التجارى ، وتقابل المادة ١٠٥ من التجارى الفرنسى (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٤٩٦) .

(٥) ذلك أننا نعتبر العينة طريقاً من طرق تعيين المبيع كما سبق القول ، فالبيع بالعينة بيع بات (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٨) . رأيت مطابقة المبيع لعينة شرطاً واقعياً =

للجنة على نفقة البائع بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال
(م ٢٠٥ مدني).

ثانياً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني ، أن يصب فسخ البيع
لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من تقديم شيء مطابق للجنة (١) . ويجوز فوق ذلك
أن يطلب المشتري من البائع تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع
لالتزامه ، وذلك وفقاً للقواعد العامة .

ثالثاً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالفسخ ،
أن يقبل المبيع غير المطابق للجنة ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل
من قيمة الشيء المطابق للجنة (٢) .

= أو شرطاً فاسخاً يعلق عليه البيع حتى يقال إنه إذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو انقسخ.
أنظر مع ذلك في أن البيع بالجنة بيع معلق على شرط فاسخ الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٢٨
ص ٦٢ - ص ٦٣ ، أو بيع معلق على شرط واقف محكمة الاسكندرية الوطنية ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢
المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢٤ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « والبائع على كل حال مشول
عن مطابقة المبيع للنموذج . فان اختلفت هذه المطابقة ، جاز للمشتري أن يرفض تسليم المبيع ،
وأن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه . وتتفق التقنيات الأجنبية في هذا الحكم : أنظر
التقنين اللبناني م ٤٤٤ ، والتقنين الألماني م ٤٩٤ ، والتقنين البولندي م ٣٢٦ ، والتقنين
البرازيلي م ١٣٥ ، والتقنين الصيني م ٣٨٨ ، والتقنين السوفييتي م ٢٠١ (مجموعة الأعمال
للتحضيرية ٤ ص ٢٢) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٤٦ ص ١٨٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣٠٦ - ولكن المشتري ، وإن جاز له اختياراً قبول المبيع مع إنقاص الثمن ، لا يمكن
إجباره على هذا القبول . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق
الجنة التي جرى التعاقد عليها ، فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع عن البائع أن يحصل على بضاعة
من الجنة المتعاقدة عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون الجنة جودة
أو نقادة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشتري (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥
رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الفرق بين
المبيع والجنة طفيفاً ولا يؤثر في جودة المبيع أو في صلاحيته ، لم يمكن هناك وجه إلا لتقصي
الثمن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٨٦ - أنظر أيضاً الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقى فقرة ٣٠ ص ٤٨ - الأستاذ منصور مصطنع منصور فقرة ٢٦) .

١٢٧ - إثبات العينة : وقد يحتاج أحد المتبايعين إلى إثبات العينة إذا نازع فيها المتبايع الآخر ، وتعرض مسألة الإثبات في فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المطلوب إثباته هو ذاتية العينة ، فهي في يد المشتري أو في يد البائع ، والطرف الآخر ينكر أنها هي ذاتها العينة المتفق عليها . وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن من كانت في يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى . فعلى هذا الآخر يقع عبء إثبات أن الشيء الذي في يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها (١) ، وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلامة يكفي لإثبات ذاتية العينة (٢) .

(والفرض الثاني) أن تكون العينة قد فقدها من كانت بيده أو تلفت أو هلكت ، ولو دون خطأ من أحد . فإن كان ذلك وهي في يد المشتري ، كما هو الغالب ، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، فعليه هو أن يثبت ذلك فإن البائع لا يد له في ضياع العينة ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها ، حتى يثبت المشتري العكس . وإن كانت العينة في يد البائع ، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة . ويكون الإثبات من الطرفين بجميع الطرق ، بما في ذلك البيئة والقرائن (٣) .

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٩ ص ١٦٣ .

(٢) وقد أخذت تفتين الالتزامات السويسرية مبدأ أن من يؤتمن على العينة يصدق بقوله ، وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويعني التفتين السويسرى (٢٢٢م) بتحديد من يكلف باثبات ذاتية النموذج ، وعنده أن من يؤتمن على النموذج يصدق بقوله ، سواء أكان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس . وقد أثر المشروع ترك هذه المسألة خاصة للقواعد العامة في الإثبات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ - وقد هلك المبيع - لا العينة - بسبب أجنبي وهو في يد المشتري ، فعلى المشتري إثبات أن هلاك المبيع كان بسبب أجنبي وأن المبيع غير مطابق للعينة ، وعنده ذلك لا يكون البيع قد انقضى ، ويكون الهلاك على البائع (استثناء مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٢) .

وقد رأينا أن تفتين الموجبات والمقود البناني (م ٤٤٤) يحصل عبء الإثبات على المشتري دائماً ، دون تمييز بين ما إذا كان النموذج قد هلك في يد المشتري أو في يد البائع (انظر آنفا ص ١٢٣ في الهامش) .

٣ - بيع التركة

(vente d' hérédité)

١٢٨ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٧٣ من القانون المدني

على ما يأتي :

« من باع تركه دون أن يفصل مشملاتها لا بضمن إلا لبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٤٧٤ على ما يأتي :

« إذا بيعت تركه ، فلا يبرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .

وتنص المادة ٤٧٥ على ما يأتي :

« إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » .

وتنص المادة ٤٧٦ على ما يأتي :

« يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يفضي بذلك » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٠ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣ ؛ (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٤٠٧) .

م ٤٧٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠١ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٧٤ ؛ (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٢٠٩) .

— (ص ٢١٠) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٤٣٨/٣٥٠ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٤١ - ٤٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٢ - ٤٦٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

== م ٤٧٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٤١ من المشروع التمهيدي حل وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع العبارة الآتية في المشروع التمهيدي : « إذا كان البائع قد قبض حلة بمصر أعيان التركة » . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، لا لنسخ حكمها ، بل اعتبر الخلاف تمديلاً لفظياً ، وأصبحت المادة رقمها ٥٠٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، لجلس الشيخ تحت رقم ٤٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

م ٤٧٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيدي حل وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هذا أن المشروع ورد فيه : « رد المشتري البائع .. كل ما يكون دائماً به التركة » . فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة إلى العبارة الآتية : « ويجب للبائع كل ما يكون دائماً به التركة » ، وهي أكثر دقة ، فإن البائع إنما يرجع يدينه حل التركة ولا يسترده من المشتري . وأصبحت المادة رقمها ٥٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب : لجلس الشيخ تحت رقم ٤٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - ص ٢١٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣٨/٣٥٠ : يدخل في بيع استحقاق التركة ما لها من لديون والفوائد المغبرضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح التركة ، ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك .

(وأحكام التقنينين السابق والجديد واحدة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤١ - ٤٤٤ (مطابقة المواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٠ فقرة ٢٩٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٢ - ٤٦٥ (مطابقة المواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني لمصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن الأخط في العراق بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القدون ص ٣٧٨ - ص ٣٨٣ - وص ٣٨٩ - ص ٤٠٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه . ويمكن الأخط أيضاً في لبنان بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة .

١٢٩ - صور مختلف بيع الشركة : ليس المقصود من بيع الشركة أن يبيع شخص مجرد حق احتمالي في الشركة ، بل يجب في القليل أن يبيع حصة في الشركة موجودة ولا يستطيع ذلك إلا إذا ضمن للمشتري أنه وارث . فإذا ضمن صفته هذه ، فهو يبيع حصة في مجموع من المال ، بعد أن تستزل منه ديون الشركة فإن الوارث لا تنتقل إليه هذه الديون . وهو في الوقت ذاته يبيع شركة مفتوحة لا شركة مستقبلية ، فقد رأينا أن التعامل في الشركات المستقبلية باطل . ومن ثم وجب أن نستبعد من بحثنا هذا صوراً ثلاثاً : (١) بيع حق احتمالي في شركة دون ضمان صفة الوارث . (٢) بيع شركة مستقبلية . (٣) بيع عين بالذات من أعيان الشركة ، فهذا غير بيع الشركة التي هي مجموع من المال لأعيان معينة بالذات ولو استغرقت كل الشركة (١) ، وسنبحث في مكان آخر بيع الوارث لعين من أعيان الشركة قبل سداد الديون .

ويبقى بعد ذلك أن نبحث الصورتين الآتيتين : (١) بيع الوارث حصة في الشركة لأجنبي غير وارث . (٢) بيع الوارث حصته في الشركة لوارث آخر ، وهذا هو التخارج (٢) .

١ - بيع الوارث حصته في الشركة لأجنبي غير وارث

أولاً - حكم هذا البيع فيما بين الطرفين :

١٣٠ - التزامات مع الجانبين : يتعقد هذا البيع بالتراضي كسائر البيوع فإذا ما انعقد صحيحاً ، رتب التزامات في ذمة الوارث الهائغ ، والتزامات مقابلة في ذمة المشتري الأجنبي . وهي بوجه عام الالتزامات التي تترتب في كل بيع .

(١) الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٦ ص ٢٨٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « بيع الوارث نصيبه من الشركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يشتمل عليه من حقوق وديون . وهو أهم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية » فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة ، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨) .

فالتزامات الوارث البائع هي نقل ملكية حصته في التركة إلى المشتري ،
وتسليمها لياه ، وضمان ثبوت وراثته . والتزامات المشتري هي دفع الثمن ، وود
ما عسى أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون التركة ، وحساب ما عسى
أن يكون هذا الوارث البائع دائناً به للتركة .

١٣١ - نقل ملكية الحصص المبيعة للمشتري : يلتزم البائع بنقل ملكية
حصته في التركة - أو جزء منها - للمشتري . والمنقول ملكيته هنا هو مجموع
من المال (universalité) ، لا مال معين بالذات (١) . ومن ثم تنتقل الملكية
بمجرد البيع ، ويحل المشتري محل الوارث في حصته (٢) ، ولا حاجة في ذلك
للتسجيل حتى لو اشتملت الحصص المبيعة على عقار . ولكن لا تنتقل ملكية عقار
بالذات إلى المشتري ، حتى فيما بين الطرفين ، إلا بالتسجيل (٣) . وإلى هذا تشير

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الاستحقاق في تركة يجب أن ينصب على مجموع
من الأموال المختلفة ، فإذا باع الوارث استحقاقه في شيء معين أو في أشياء معينة بحيث يمكن تسليم
المبيع للمشتري بدون حاجة إلى قصة التركة ، فلا يعتبر ذلك بيع استحقاق في تركة ، بل يعتبر
بيعاً عادياً (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٤٠ ص ١٠٨)

(٢) وذلك من وقت البيع دون أثر رجعي (أنسيكلويدى دالوز) *cession des droits suc*
فقرة ٨٥) . وإذا كان المشتري يحل محل الوارث في ملكية حصته ، فإنه لا يحل محله في صفته
كوارث ، بل يبقى الوارث البائع محتفظاً بهذه الصفة . وقد ترتب آثار على احتفاظ الوارث
البائع بصفة الوارث ، كما إذا كان المورث مؤثماً لمصلحة ورثته أو منشأً لوقف جميل ورثته فيه
مستحقين ، فيبقى الوارث البائع صاحب الحق في مبالغ التأمين أو يبقى مستحقاً في الوقف ، ولا تنتقل
حقوقه هذه مع حصته التي باعها للمشتري الأجنبي (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٤ ص ٦٠٤ -
الأستاذ مصطفى الزمرنا فقرة ٢٩٣ ص ٣١٦) . ولا يصح المشتري بشرائه حصص الوارث
وارثاً ، فإن صفة الوارث لا تنتقل إليه كما قلنا . ويترتب على ذلك أنه لو كان للمورث بنت
باعت حصتها في الميراث لابنها ، فإن ابن البنت لا يصبح فرعاً وارثاً ولا يحجب ابن العم مثلاً .
انظر في أن صفة الوارث لا تنتقل إلى المشتري المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة
الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ - وفي أن الوارث البائع يبقى محتفظاً بصفة الوارث جيوار ٢
فقرة ٨٥٩ - أوبرى ورو . فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧١ - بلانول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣٥٨ ص ٤٥٥ .

(٣) المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ -
ويسبق ذلك تسجيل إسهاد الوراثة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢ - الأستاذ عبد المنعم
البدر اوى فقرة ٤١٢) .

العبارة الأخيرة من المادة ٧٤ مدني عندما تقول : « فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفي هذه الإجراءات » . أما المنقولات بذواتها فتنقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد البيع ، فيصبح المشتري مالكا في الشيوع مع بقية الورثة للمنقولات الموجودة في التركة بمقدار حصة الوارث البائع ، ولا حاجة في ذلك إلى التسليم . وإذا كان في التركة حقوق شخصية في ذمة مدينها ، فهذه الحقوق تنتقل أيضاً إلى المشتري بملكها شائعة مع بقية الورثة بمقدار حصة الوارث البائع . ولا حاجة هنا أيضاً إلى إعلان مديني التركة أو قبولهم ، فإن الحوالة تنقل الحق إلى المحال له دون حاجة إلى إعلان المدين أو قبوله . وسنرى أن هذا الإعلان أو القبول لازم لصيرورة الحوالة نافذة في حق مديني التركة وفي حق الغير (١) .

أما إذا كان على التركة ديون ، فهذه لا تنتقل إلى المشتري كما تنتقل الديون في حوالة الدين . وذلك لأن القاعدة المعروفة ، وهي ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، تمنع من انتقال الديون إلى الوارث . فالمشتري ، عندما اشترى حصة الوارث ، اشتراها خالصة من الديون التي على التركة ، وقبل أن يأخذ شيئاً من التركة يجب وفاء هذه الديون منها . فإذا وفيت الديون جميعاً خلص للمشتري حصة الوارث التي اشتراها ، دون أن ينتقل إليه شيء من هذه الديون (٢) .

١٣٢ - تسليم الوارث البائع مستحقات حصته للمشتري : ويلتزم الوارث البائع بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته في التركة من عقارات ومنقولات وحقوق شخصية وغير ذلك إلى المشتري . ويدخل في ذلك جميع الثمرات والريع

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٠ .
(٢) وفي القانون الفرنسي أيضاً لا تنتقل الديون إلى المشتري ، بل يبقى الوارث مستولاً عليها ويرجع بها على المشتري . ولكن ليس ذلك لأن ديون المورث لا تنتقل إلى الوارث ، فهي تنتقل إليه في القانون الفرنسي ، ولكن لا يمكن نقلها بعد ذلك فيما بين الأحياء من الوارث إلى المشتري لأن حوالة الدين غير معروفة في القانون الفرنسي (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٩٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession des droits succes.* فقرة ١٢) .

والمتجات التي نشأت عن هذه الأموال من وقت افتتاح الشركة إلى وقت التسليم سواء كان البائع قد قبضها أو لم يقبضها ، فإن كان قد قبضها وجب عليه ردها للمشتري . وبدخل أيضاً - ما لم يوجد اتفاق صريح مخالف - ما عسى أن يكون الوارث قد استفاد من الديون التي للشركة (١) ، وثمن ما عسى أن يكون قد باعه من مشتملات الشركة للتغير قبل أن يبيع حصته (٢) ، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتملات لاستعماله الشخصي (٣) . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدني ، فهي تقول كما رأينا : « إذا كان البائع قد استفاد بعض ما للشركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » . أما إذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشيء من مشتملاتها ، فالأصل أن يرد قيمتها للمشتري (٤) ما لم يتفق معه على ألا يرد شيئاً .

ويلتزم الوارث أن يسلم المشتري مشتملات حصته في الحالة التي تكون عليها وقت بيع الحصه ، لا وقت موت المورث أي وقت افتتاح الشركة . وإذا كانت قيمة هذه المشتملات قد زادت بسبب تحسينات أنفق عليها الوارث ، كترميمات وإصلاحات وتعمير ونحو ذلك ، فهذه كلها تكون للمشتري ، إذ هي قد دخلت

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ .
(٢) أما بعد بيع حصته ، فإنه لا يستطيع أن يبيع من أجنبي شيئاً من مشتملات الشركة . هذا ولا يرد إلا ثمن ما باعه ولو كان أقل من قيمته ، لأنه وقت أن باع كان يبيع ما يملك إذ لم يكن قد باع حصته من الشركة ، فلا يكون مسئولاً إلا عما قد جاء من الكسب أى الثمن الذى قبضه (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٥ ص ٩٠٤) .

(٣) أنبكلويدى دالوز ١ لفظ *cession des droits succés* فقرة ٧٢ - أوبرى وروه فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ .

(٤) فقد استفاد منها ، إذ كان يتبرع من ماله الخاص لو لم يجد مال الشركة تحت يده . وقد كان هذا هو الحكم في القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٦ - وانظر أيضاً : أوبرى وروه فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بلانچول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٥٩ ص ٥٥٧ - أنبكلويدى دالوز ١ لفظ *cession des droits succés* فقرة ٧٤ - الأستاذين أحمد نجيب اللؤلؤ وحامد زكى فقرة ٦١٩ ص ٦٢٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٧ هامش رقم ١) .

في الحساب عند تقدير الثمن . وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للتركة كرهن أو كفالة ، فهذا التأمين يكون للمشتري ، فقد اعتد به عند حساب الثمن (١) . كذلك إذا كانت مشتملات الحصة المباعة قد أصابها تلف أو هلك بعضها ، فهذا كله يتحملة المشتري ، لأن هذا الهلاك أو التلف لا بد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن . ويستوى أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبي أو بخطأ من الوارث ، ففي الحالتين قد دخل في الحساب (٢).

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث ، فإن هذا الحق ، بعد أن باع الوارث حصته ، يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشتري سواء كان الحق شخصياً أو عينياً . مثل الحق الشخصي أن يكون الوارث مديناً للمورث ثم يرثه فينقضي الدين باتحاد الذمة ، ثم يبيع حصته ، فيعود الدين في ذمته للمشتري (٣) . ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التي انقضت باتحاد الذمة لا تعود ، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير . وهذا بخلاف الرهن الذي يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه ، فانه يعود مع الدين ، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التي ترتبت لهم على العين المرهونة . ومثل الحق العيني أن يكون على عقار للمورث حق ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث ، فينقضي حق الارتفاق هذا باتحاد الذمة عند الميراث ، فإذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق إلى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذي انتقل إلى المشتري . وهذا ما لم يكن الوارث قد

(١) بودوى سبينا فقرة ٨٧٧ و فقرة ٨٨٢ .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٩ - بودوى وسبينا فقرة ٨٧٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٧ - أما إذا كان التلف قد حصل بغش من الوارث ، بأن يكون مثلاً قد أطلع المشتري على مشتملات التركة ثم أخفى بعضها أو أتلفه عمداً أو تعدد عدم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو عدم تجديد القيد ، فإن كان ذلك قبل بيع الحصة اعتبر قدلياً من جانب الوارث يجعل البيع قابلاً للإبطال ، وإن كان بعد بيع الحصة اعتبر إخلالاً من جانب الوارث بالتزاماته كبائع فيستوجب مسئولته العقدية (أنظر بودوى وسبينا فقرة ٨٨٠) .

(٣) وسنرى أن الواوٲ إذا كان دائناً للمورث ثم ورثه ، ثم باع حصته في الميراث . فإنه يستوفى حقه في الرجوع على التركة بالدين الذي له عليها ، ولا ينقضي هذا للدين باتحاد الذمة (م ٤٧٩ مدني) : أنظر مايل فقرة ١٣٤ .

باع عقاره المرتفق به غير مثقل بحق الارتفاق قبل بيع الحصة ، ففي هذه الحالة لا يعود حق الارتفاق حتى لا يضار المشتري لهذا العقار ، ويغلب أن يكون هذا قد دخل في حساب ثمن الحصة (١) .

ولا يدخل في مشتلات التركة ما ليست له قيمة مالية مقصودة ، إذ المفروض أن المشتري إنما اشترى القيمة المالية لحصة الوارث . فلا يدخل ما يصيب الوارث من أوراق المورث الشخصية وأوسمته وبراءات الرتب والأوراق المثبتة للنسب والشهادات المدرسية والصور العائلية وما إلى ذلك ، هذا ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشتري في حسابه باتفاق خاص مع الوارث (٢) . كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشتري على استثناء بعض مشتلات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتلات المستثناة قيمة مالية ، فيستثنى الوارث مثلاً بعض منقولات التركة أو داراً كان يسكن فيها وما إلى ذلك . ولا بد أن يكون الاتفاق على هذا الاستثناء اتفاقاً صريحاً ، ويفسر تفسيراً ضيقاً ، فلا يتناول إلا الأشياء التي ذكرت دون توسع .

(١) أوبري دورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودرى وسينيا فقرة ١٨٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٦٠ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٦٥ . أما إذا كان لعقار الوارث حق ارتفاق على عقار في التركة وانقضى باتحاد الألفة ، ثم باع الوارث حصته ، فإن حق الارتفاق يعود لمصلحته ويغفل العقار المرتفق به كما كان .

وقد يقع أن يبيع الوارث حصته في الميراث مع وجود وصية تركها المورث بثلاث تركته مثلاً . فالمفروض في هذه الحالة أن الوارث باع حصته بعد استئصال الوصية ، أي باع حصته في ثلثي التركة لاقى التركة كلها . فإذا تبين بعد ذلك أن الوصية باطلة ، وأن الوارث تتناول حصته كل التركة لا ثلثها فقط ، فالظاهر أن الوارث يستبقى حصته في ثلث التركة إذ هي لم تدخل في البيع . هل أن المسألة مرهونة بنية المتعاقدين . فإن كان الوارث قد أراد أن يبيع كل حصته في التركة هل تقدير أن الوصية صحيحة ، فإنه يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطالب الوارث بما زاد في حصته بسبب بطلان الوصية على أن يزيد له في الثمن بنسبة الزيادة . وإن كان الوارث عند بيعه حصته قد دخل في تقديره احتمال بطلان الوصية وما يترتب على بطلانها من زيادة حصته ، وأدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن ، فإن البيع يكون احتمالاً من هذه الناحية ، وإذا أبطلت الوصية كان للمشتري ما زاد في حصته الوارث دون أن يزيد شيئاً في الثمن (قارب بودرى وسينيا فقرة ٨١٥) .

(٢) أوبري دورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش ٤ مكررة - بودرى وسينيا فقرة ٨٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٦٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٦٢٢ .

١٣٣ - الضمان : رأينا أن المادة ٧٣ ، مدني تنص على أن « من باع

تركة دون أن يفصل مشتلاتها لا يضمن لإثبات وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فالوارث عندما يبيع حصته في التركة لا يبيع أموالاً معينة بالذات ، ولكنه يبيع حصته في مجموع من المال أباً كانت قيمة هذا المجموع . وهذا هو الذي يميز بيع التركة عن غيره من البيوع . فالوارث إذن لا يضمن للمشتري أن يدخل في حصته أى مال معين ، أو أن تكون لهذه الحصة قيمة معينة . فإذا كان المشتري قد حسب وقت شرائه للحصة أن مالا معيناً سيدخل في هذه الحصة ولم يدخل ، إما لأنه دخل في حصة غير بائعه من الورثة وإما لأنه لم يدخل في التركة أصلاً إذ استرده المستحق له ، فإنه لا يرجع على الوارث بضمان الاستحقاق . وإذا دخلت العين في الحصة المباعة ، وتبين أن بها عيباً خفياً ، لم يضمن الوارث للمشتري هذا العيب . وإذا تبين أن قيمة الحصة أقل مما قدره المشتري ، بل إذا تبين أن التركة مستغرقة بالديون فليست لحصة الوارث أية قيمة ، أو أن حصة الوارث هي الربع لا الثلث ما لم يكن هناك غلط جوهرى في قيمة البيع ، لم يرجع المشتري بالضمان على الوارث ، لأن البيع هنا عقد احتمالى كما قدمنا ، وقد أقدم المشتري عليه بعد البحث والتحصيل ، فهو الذى يجنى الكسب ويحمل الخسارة (١) .

فلا يضمن الوارث إذن للمشتري إلا شيئاً واحداً ، هو أنه وارث ، أى ثبوت وراثته في التركة (٢) . فيضمن أولاً أن التركة قد فتحت فعلاً ، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع تركة مستقبلية فالبيع باطل كما قدمنا . ويضمن بعد ذلك أنه يرث في هذه التركة ، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فإنه يكون قد باع ما لا يملك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير ، ويجوز للمشتري قبل أن يسترد الوارث الحقيقى أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع واسترداد الثمن الذى دفعه مع التعويض إن كان وقت أن اشترى الحصة مجهولاً أن البائع ليس بوارث . ويضمن الوارث البائع أخيراً أى عمل من أعماله الشخصية

(١) كذلك لا يضمن الوارث ملاءمة مدين التركة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٢٠٨ .

التي تتعارض مع كونه وارثاً باع حصته ، كأن يبيع هذه الحصة مرة أخرى ، أو أن يبيع شيئاً من مشتلاتها ، أو أن يستوفى ديناً لها .

على أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، فيشترط المشتري على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصة إذا نزلت دفع الوارث الفرق للمشتري (١) ، أو أن يضمن له دخراً مال معين بالذات في الحصة المبيعة . وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيّاً ، كأن يفصل المشتري مشتلات الحصة التي يشترها ، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى . فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصة المبيعة ، وإذا لم يدخل لأى سبب رجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق (٢) . بل قد يرجع أيضاً بضمان العيب ، إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمناً .

وجوز الاتفاق على تخفيف الضمان فيشترط الوارث على المشتري مثلاً أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه ، أياً كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم . بل يجوز الاتفاق على عدم ضمان الوارث لثبوت وراثته أصلاً ، فيكون ما يبيعه الوارث في هذه الحالة هو مجرد احتمال أن يكون وارثاً . ويظهر ذلك بوجه خاص في تحديد الثمن ، فإن العقد في هذه الحالة يصبح عقداً احتمالياً محضاً ، ويكون الثمن مخفضاً تخفيضاً يواجهه هذا الاحتمال (٣) .

(١) وقد يؤخذ ذكر قيمة الحصة في عقد البيع قرينة على أن المشتري قد اتفق مع الوارث على ضمان هذه القيمة (قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٩٢٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٥) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٩٦ .

(٣) انظر في كل ذلك بودرى وسينيا فقرة ٨٨٦ - فقرة ٨٩١ - وإذا اشترط الوارث أنه لا يضمن حتى ثبوت وراثته ، وثبت بعد ذلك أنه ليس بوارث ، لم يضمن ، ولكن يجب عليه أن يرد الثمن الذي أخذه ، إلا إذا اشترط أيضاً عدم رده (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨) . ومع ذلك إذا ثبت غش الوارث وأنه كان يعلم وقت البيع أنه ليس بوارث ، وجب عليه رد الثمن والتمتع به حتى لو اشترط عدم الضمان (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٦٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٩٦) .

١٣٤ - التزامات المشتري : يلتزم المشتري أن يدفع للوارث الثمن المتفق

عليه والمصروفات والفوائد ، شأنه في ذلك شأن كل مشتري آخر (١) . ويلتزم فوق ذلك أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا قد دفعه من تكاليف التركة . فما دفعه الوارث في تجهيز الميت - المورث - وفي ضريبة التركات التي تقع على حصته الميعة وما إلى ذلك من تكاليف يسترده من المشتري ، لأن هذه هي العناصر السلبية لمجموع المال الذي اشتراه المشتري من الوارث .

أما ديون التركة فهذه لا يلتزم بها المشتري ، لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها ، وذلك وفقاً للمبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية وهو يقضي بالآتكة إلا بعد سداد الدين (٢) . فالتركة هي التي تقوم بسداد ديونها أولاً ، وما بقي بعد ذلك فهو ميراث ، والوارث إنما باع حصته في هذا الميراث بعد استئزال الديون . ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصته في دين على التركة ، فيرجع بما دفعه على المشتري ، لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث ، إذ خلصت له الحصة دون أن يستئزل منها هذا الدين . كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته في وصية تركها المورث ، فهنا أيضاً ولنفس السبب يرجع الوارث على المشتري بما دفع . وهناك رسم يدفع على انتقال التركة للوارث ، وهو رسم على انتقال الملكية من المورث إلى الوارث ويسمى رسم الأبلولة . فهذا يدفعه الوارث في مقابل انتقال حصته في التركة إليه ، ولا يرجع به على المشتري ، لأنه هو

(١) والتمن مضمون بحق امتياز على الحصة الميعة ، ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة إلى للمقارات (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ ص ٤٥٩) - وإذا كان الوارث البائع قاصراً واشتلت حصته على عقارات ، وكان في الثمن فيها يقابل المقارات غبن يزيد على الخمس ، جاز طلب تكللة الثمن إلى أربعة أخماس من المثل . وتقوم المقارات بحسب قيمتها وقت البيع ، وتوازن هذه القيمة بحسب من الثمن بنسبة قيمة المقارات إلى قيمة مجموع مشتلات الحصة لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد على الخمس (م ٢٥٠ مدني) : انظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٧ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes.* فقرة ٤٣ .

(٢) المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب اللال وحامد زكي فقرة ٦٢١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧ - الأستاذ سليمة - نفس فقرة ٢٩٨ .

الذى استفاد منه فقد انتقلت إليه ملكية الحصة واستطاع بذلك أن يبيعها (١) .
أما المشتري فيدفع رسم البيع الذى انتقلت بموجبه ملكية الحصة إليه من الوارث ،
وهذا الرسم يدخل فى مصروفات البيع التى يلتزم بها المشتري (٢) .

وقد يكون للوارث دين فى ذمة المورث ، فهذا الدين تلتزم به التركة
ولا ينقضى باتحاد الذمة لأن ديون المورث لا تنتقل إلى ذمة الوارث . فيكون
للوارث أن يطالب التركة بماله من الدين ، ويتحمل المشتري نصيب الحصة
المبيعة فى هذا الدين ، أى أنه يحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ويتحمل
المشتري نصيبه فى ذلك باعتباره مالكا للحصة المبيعة . وإلى هذا كله تشير
المادة ٤٧٦ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : «يرد المشتري للبائع ما وفاقه هذا
من ديون التركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق
يقضى بغير ذلك » .

فيجوز إذن الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات أو على تخفيفها . يجوز
مثلا الاتفاق على أن يدفع المشتري رسم الأيلولة ، فهذا تشديد فى التزامات
المشتري . كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشتري للبائع ما وفاقه هذا من ديون
التركة أو الوصايا ، أو على ألا يحسب للوارث البائع ما كان دائناً به للتركة ،
وهذا تخفيف فى التزامات المشتري .

(١) ولكن من ناحية قوانين الضرائب يكون المشتري مشغولا بالتضامن مع الوارث البائع
من سداد هذه الضريبة ، إذا تم البيع قبل مضى عشر سنوات من وقت انتاج التركة . فقد نصت
المادة ٤٥ من قانون ضريبة التركات الصادر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٤٤ على أنه « يجب على كل
من يشتري عقاراً أو أى حق آخر من الحقوق العينية آيلاً إلى البائع من تركة أو من وصية ، ولم
يكن قد مضى على وفاة المورث أو الموصى أكثر من عشر سنوات ، أن يتثبت قبل التعاقد من
الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة ، وإلا كان مشغولاً بالتضامن مع الوارث البائع من وفاء الرسوم
المتأخرة . وكل من يشتري منقولات مع علمه بعدم وفاء رسوم الأيلولة يكون مشغولاً بالتضامن
من دفعها مع الوارث البائع » (انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٤ ص ٤٢١) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - هودرى وسبينا فقرة ٨٩٤ - بلانيول
وربيير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ .

ثانيا - حكم هذا البيع بالنسبة الى الغير :

١٣٥ - الغير هنا طوائف ثلث : يمكن تمييز طوائف ثلاث من الغير في بيع التركة . الطائفة الأولى هم الورثة الآخرون غير الوارث البائع . والطائفة الثانية هم دائنو التركة ومدينوها . والطائفة الثالثة هم الخلف الخاص للوارث . البائع أى كل شخص تلقى من الوارث البائع حقاً على عين أو دين من مشتملات الحصة المبيعة . ولما كان الحكم يختلف بالنسبة إلى كل طائفة من هؤلاء ، فنستعرضهم متعاقبين طائفة بعد الأخرى .

١٣٦ - الورثة الآخرون : هؤلاء ليسوا طرفاً في البيع الذى تم بين الوارث البائع والمشتري ، فلا يكسبون من هذا البيع حقاً ولا يترتب في ذمتهم التزام . ولكن البيع الذى تم جعل المشتري شريكاً لهم في الشروع في جميع مشتملات التركة ، من عقارات ومقولات وديون ، بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشتري محل البائع بموجب البيع . فمن حقهم الاعتداد بهذا البيع ولو لم يعلن لهم ، ويتقاسمون التركة مع المشتري باعتباره شريكاً لهم ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع فقد خرج بالبيع عن أن يكون هو الشريك . ومن حق الورثة ، قبل صدور البيع من الوارث ، أن يتقاسموا مع هذا الوارث ، فنفرز حصته . ويقع البيع عليها مفرزة لاشاعة ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق المشتري من الوارث كخلف خاص ينصرف إليه أثر العقد الصادر من سلفه متعلقاً بالشئ المبيع . أما بعد البيع ، فإذا كان الورثة الآخرون لم يخطروا به ، كان من حقهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع ، لان المفروض أنهم لا يعلمون بالبيع (١) . فإذا بدأت إجراءات القسمة ، واستطاع المشتري أن يخطرهم (٢)

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩١٠ - ويعتبر المشتري من الوارث في هذه الحالة ، بالنسبة إلى سائر الورثة ، دائماً للوارث البائع . وقد تمت القسمة قبل أن يتدخل المشتري ، فليس له أن يطمئن فيها إلا في حالة الفسخ (م ٢/٨٤٢ مدني) - وهذا لا يمنع ، كما قدسنا ، من أن تتقاسم الورثة التركة مع المشتري ، حتى قبل أن يخطروا بالبيع ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع . (٢) والإخطار ليس له شكل خاص ، ولكن يجب إثباته إذا أنكرته الورثة وفقاً للقواعد العامة في الإثبات .

بالباع قبل أن تتم ، كان للمشتري أن يتدخل في القسمة (١) ، بل له أن يطلب إخراج الوارث من الإجراءات وأن يحل محله فيها فيكون هو المتناهي مع سائر الورثة . وإذا كان الورثة قد أخطروا بالبائع قبل إجراءات القسمة فليس لهم أن يتناهيوا مع الوارث البائع فقد باع حصته للمشتري ، ويكون المتناهي معه غير نافذ في حق المشتري . ولا يجوز للورثة أن يتناهيوا إلا مع المشتري ، فهو الذي أصبح شريكاً لهم في الشروع مكان الوارث البائع وقد أحيطوا علماً بذلك عن طريق الإخطار (٢) .

١٣٧ - دائر الشركة ومبرمها : أما دائر الشركة فيبقون ، بالرغم من بيع الوارث لحصته ، دائرين للشركة ذاتها ، لا للوارث ولا للمشتري منه كما سبق القول ، إذ لا شركة إلا بعد سداد الديون . فيستوفون ديونهم من أموال الشركة (٣) مقدمين على الورثة وعلى غيرهم من موصي لهم أو ممن يتلقى حقاً من

(١) باعتباره دائماً لأحد الشركاء . وهو الوارث البائع (م ٨٤٢ / مدني) .
(٢) ولما كان الوارث قد باع حصته لأجنبي غير وارث ، فإنه يجوز للورثة الآخرين قبل القسمة استرداد هذه الحصة ، وفقاً للمادة ٨٢٣ مدني وهي نص على أن « الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به . ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفق . ٢ - وإذا تمدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » . انظر أوبري ورو . ٥ - فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٣٦٠ مكررة ص ٤٦١ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ - فقرة ٢٣٩١ - كولان وكايتان ٢ - فقرة ٩٧١ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes* فقرة ١٤٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤١ ص ٤١٨ .
كذلك إذا كان الورثة الآخرون ينازعون في وراثة الوارث البائع ، فن حقهم أن يستردوا الحصة المبيعة كما يسترد أى حق متنازع فيه (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٨٥ هامش رقم ١) .

(٣) ومن ثم لا يكون هناك محل لحالة الدين من الوارث إلى المشتري ، فإن الوارث نفسه غير مدين ، بل الشركة . ويترب على ذلك أنه لا يلزم اتخاذ إجراءات حوالة الدين (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٢ ص ٦٠٢ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٩ ص ١٤٩٢ ، وهذا بخلاف إجراءات حوالة الحق فيجب اتخاذها لأن حقوق الشركة تنتقل إلى الوارث ووصولها إلى المشتري .

الورثة كالمشتري من الوارث البائع . وإذا تسلم المشتري مشتملات الحصة المبيعة ، فإن ما تسلمه يبقى مسئولاً عن ديون التركة ، ولدائياً أن يتبعوا هذا المال في يد المشتري وينفذوا بحقوقهم عليه ، على النحو الذي سنبينه عند الكلام في تصرف الوارث في أموال التركة المدينة قبل سداد الدين (١).

أما مدينو التركة فهؤلاء يكونون بالبيع مدينين للمشتري من الوارث لأن الوارث، تنتقل إليه حقوق التركة بخلاف مدينها ، فيحول بالبيع هذه الحقوق للمشتري منه ، وتسري القواعد العامة المتعلقة بحوالة الحق . ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة في حق مدين التركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها (م ٤٧٤ مدني) (٢). فإذا لم يقبلوها الحوالة ولم يعلنوا بها ، ووفروا الوارث البائع حصته من الديون التي في ذمتهم للتركة ، كان هذا الوفاء نافذاً في حق المشتري . ولا يبقى للمشتري إلا الرجوع بالضمان على الوارث البائع ، فقد قدمنا أنه ضامن لثمنائه الشخصية ، واستيفائه لديون التركة بعد بيع حصته يعتبر عملاً شخصياً من جانبه يستوجب الضمان .

١٢٨ - **الحلف الخاص للوارث البائع** : يمكن أن نصدر أن الوارث قد باع -- بعد البيع الصادر منه للمشتري أو قبل هذا البيع -- لشخص آخر شيئاً من مشتملات حصته ، عقاراً أو منقولاً أو ديناً للتركة . فيكون هذا الحلف الخاص للوارث معبراً عن الغير في البيع الصادر قبل ذلك أو بعد ذلك للمشتري لحصة الوارث . ويجوز أيضاً ، بدلالة أن بيع الوارث من مشتملات حصته عيناً بالذات ، أن يبيع نفس الحصة كمجموع من المال للمشتري آخر ، فيكون هذا المشتري الآخر من الغير أيضاً .

فهؤلاء الأغيار -- المشتري العقاري المعين أو المذلول المعين أو الدين الذي للتركة أو حصة الوارث من مجموعها -- لا يسري فيهم البيع الصادر من الوارث للمشتري ، إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت

(١) أنظر ما بل فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٤ .

(٢) الأستاذ عبد الحميد البدوي فقرة ٤١٢ .

عليه التركة . وهذا ما نصت عليه سراحة المادة ٤٧٤ مدني كما رأيت ، إذ نقول ،
« إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري
الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة (١) » . وقد حسم هذا
النص خلافاً لا يزال قائماً في الفقه الفرنسي في هذه المسألة وأخذ بالرأى الراجح
في هذا الفقه (٢) ، وكان هذا أيضاً الرأى الراجح في عهد التفتين المدني السابق
ولم يكن هذا التفتين يشتمل على نص مماثل للمادة ٤٧٤ مدني (٣) .

فإذا كان الغير مشترىً لعقار بالذات من مشتملات الحصة المبيعة ، فستراه
اكتراه قبل بيع الحصة أو بعدها ، فإن المشتري للحصة لا يقدم عليه إلا إذا سجل
البيع في خصوص هذا العقار قبل أن يسجل مشتري العقار البيع الصادر إليه ،
وأيهما سبق الآخر في التسجيل كان هو المقدم (٤) . ذلك أن المشتري للحصة

(١) وقد رأينا أن المادة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « إذا نص
القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .
وقدنا مثلاً لذلك التسجيل في العقار ، فهو واحد في نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ،
فوجب التسجيل حتى تنتقل ملكية عقار بالذات حتى فيما بين الوارث البائع والمشتري خاصة هذا
الوارث (انظر آنفاً فقرة ١٣١) .

(٢) فني الفقه الفرنسي آراء ثلاثة : رأى يذهب إلى ضرورة بيع الحصة نافذاً في حق الغير
باختصار ثاق البوثة هذا البيع . ورأى ثان يجعل هذا البيع نافذاً في حق الغير دون غيره . ورأى ثالث
إجراءات . ورأى ثالث لا يجعل هذا البيع نافذاً في حق الغير إلا باتخاذ الإجراءات الخاصة بصيرورة
البيع نافذاً في حق الغير في العقار بالنسبة إلى عقارات الحصة المبيعة ، وفي الأول والمثاني إلى
منقولات هذه الحصة ، وفي حوالة الحق بالنسبة إلى الديون التي لهذه الحصة . أصدر هذه الآراء
الثلاثة بودري وسينيا فقرة ٩٠٣ - فقرة ٩١٠ - وانظر في أن الرأى الثالث هو الرأى الراجح
جيوار ٢ فقرة ٨٦٦ - لوارن ٢٤ فقرة ٤٧٨ - أوبري وروه فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامبرغم ٢٤ -
بودري وسينيا فقرة ٩٠٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٦ كولان وكايشان
٢ فقرة ٩٧٢ - أنسكل بيدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes.* فقرة ٣٠٥ -
فقرة ٥٦ . وقارن هيك في حوالة الحق ١ فقرة ٣٠٦ - بلانيول وريبير وبولونجييه ٢
فقرة ٢٣٦٣ .

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الحلالي وحامد زكي فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٢٥ .

(٤) وقد يكون الغير تلقى من الوارث حقاً عينياً غير الملكية ، حق انتفاع أو حق ارتفاق
أو حق رهن أو غير ذلك ، فالمبرة هنا أيضاً بالأسبقية في التسجيل أو في البيع . وقد يكون
دائن الوارث حيز على عقار من مشتملات الحصة المبيعة ، فإذا لم يرد سجل انتفاعه قبل أن يسجل
المشتري الحصة البيع قدم على هذا المشتري (بودري وسينيا فقرة ٩٠٧ من) .

الوارث كما يعتبر مشترى لهذه الحصة في مجموعها ، يعتبر كذلك مشترى لكل عقار بالذات ولكل منقول بالذات ولكل دين بالذات تشمل عليه هذه الحصة ، فوجب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق من هذه الحقوق .

وكذلك الحكم في المنقول ، تنتقل ملكيته بمجرد البيع ، فإذا كان يبيع الحصة سابقاً على بيع منقول بالذات انتقلت ملكية المنقول إلى مشترى الحصة دون مشترى المنقول ، وإذا كان العكس انتقلت الملكية إلى مشترى المنقول دون مشترى الحصة . على أن أياً منهما يتسلم المنقول بحسن نية قبل الآخر تنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة ، فيفضل على صاحبه .

وكذلك الحكم في دين للتركة ، لا تنتقل ملكيته لمشتري الحصة بالنسبة إلى مشترى لهذا الدين بالذات إلا إذا قبل مدين التركة بيع الحصة أو أعلن به قبل أو قبل شراء الدين أو قبل أن يعلن به ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .
وسم مشتري الدين على مشتري الحصة ، إذا تمكن مشتري الدين من الحصول على قبول المدين قبولا ثابت التاريخ أو أعلنه بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصة أو إعلان لهذا البيع (١) .

وكذلك الحكم أخيراً في حالة ما إذا باع الوارث حصته كمجموع لشخصين على التماقب ، فأى المشترين لحصة الوارث سبق الآخر في التسجيل بالنسبة للعقارات ، أو الحيازة بالنسبة إلى المنقولات ، أو إعلان الحوالة أو التاريخ الثابت لقبولها بالنسبة إلى الديون ، كان هو المقدم . وقد يتقدم في العقارات من آخر في المنقولات أو في الديون ، كما يجوز أن يتقدم في بعض العقارات دون بعض أو في بعض المنقولات أو الديون دون بعض ، حسبما يتفق أن يسبق إليه في الإجراءات الواجبة بالنسبة إلى كل حق .

(١) وقل مثل ذلك في حالة ما إذا حيز دائن الوارث تحت يد مدين التركة ، فإذا كان الحيز سابقاً على إعلان بيع الحصة أو التاريخ الثابت لقبول البيع من مدين التركة ، زاحم الدائن الحاجز مشتري الحصة ، وإذا كان العكس قدم مشتري الحصة على الدائن الحاجز ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .

ب - بيع الوارث حصته في التركة لو ارث آخر

(التخارج)

١٣٩ - التمييز هاتين : إذا باع الوارث حصته في التركة لو ارث آخر ، كان هذا هو التخارج المعروف في الفقه الإسلامي (١) . ويجب هنا أن نميز بين حالتين : حالة ما إذا اشترى الوارث الآخر أو الورثة الآخرون حصّة الوارث البائع بثمن دفعوه من ماله الخاص ، وحالة ما إذا اشتروا الحصّة بثمن دفعوه من أموال التركة ذاتها .

ففي الحالة الأولى يكون شأن الوارث المشتري أو الورثة المشترين شأن المشتري الأجنبي ، فيكون لهم حقوق المشتري الأجنبي والتزاماته ، ويسرى البيع الصادر لهم في حق الغير وفقاً للأحكام التي سبق أن قررناها . فإن كل من المشتري وارثاً واحداً ودفع الثمن من ماله الخاص ، استحق حصّة الوارث البائع وحل محله في التركة . وإن كان المشتري كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن عقد التخارج الذي أجازته الشريعة الإسلامية في أحوال الميراث هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه أو لشركائه في الميراث عن نصيبه في التركة في مقابل شيء معلوم . وليس من الضروري لصحة هذا العقد أن تكون أعيان التركة مطلوبة للمتعاقدين ومعبئة في العقد تمييزاً تاماً (٧ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص ٥٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يصح التخارج حتى لو كانت التركة مدينة ، لأن بيع الوارث نصيبه في التركة يشمل الديون التي لها والتي عليها طبقاً لقاعدة ٣٥٠ مدني (سابق) (١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص ٢٨٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة مصر ٣ رقم ١٦ ص ٣٥) . وقضت بأن عقد التخارج لا يحصل إلا من وارث لو ارث ، فالبيع الصادر من وارث في حصته في التركة لغير وارث يعتبر بيع استحقاق في التركة ويجب تسجيله (٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/١٩٦ ص ٩٩٢) . وقضت محكمة أجا بأن عقد التخارج ينطوي بطبيعته على بيع الوارث لنصيب في التركة جزافاً ، وهذا الوصف لا يضمن البائع للمشتري سوى وجود التركة من غير ساء لمشتريها فلا يضمن المتخارج إذ أن استحقاق بعض الأعيان لغيره ، إلا إذا نص في عقد التخرج على الأعيان المتخارج عليها بالذات ونصيب المتخارج فيها (١٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢/٥٦٨ ص ٦٩٤) .

ما لم الخاص ، ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة حصة الخارج بين الورثة المتعدين ، قسمت هذه الحصة عليهم بالسوية بينهم . وتنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على هذا الحكم إذ تقول : « التخرج هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم . فإذا تخرج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة ، وإذا تخرج أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصابتهم فيها ، وإن كان المدفوع من ما لم ، ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بالسوية بينهم » .

أما في الحالة الثانية فإن التخرج يكون بمثابة القسمة أو الصلح لا البيع ، ذلك أن الورثة الآخرين دفعوا للوارث مالا من أموال التركة ، وتخرجوا بهذا المال على حصة هذا الوارث . وبذلك اختص الوارث المتخرج بمال معين في التركة يقابل حصته ، واختص سائر الورثة بباقي التركة ، فيكون هذا الاتفاق صلحاً أو قسمة وأفرزت بها حصة الوارث المتخرج . وبغلب أن يكون المقصود بالتخرج الصلح ، إذ يقع نزاع على استحقاق أحد الورثة ، فينتق باقى الورثة معه على أن يأخذ مالا معيناً من التركة وينزل عن ادعاءه في الميراث في باقى التركة (١) . فإذا لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث الخارج ، كان التخرج قسمة (٢) . وهناك قواعد مشتركة في التخرج صلحاً كان أو قسمة ، كما

(١) جاء في الزيلعي : « إن أخرجت الورثة أحدهم من ميراث أو عقار بمال ، أو من ذهب بفضة ، أو من فضة بذهب ، صح ، قل ما أعطوه أو أكثر ، لأنه يحمل على المبادلة ، لأنه صلح من عين . ولا يمكن حله من الإبراء ، إذ لا دين عليهم ولا يتصور الإبراء من العين . ويبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز ، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس . وفي الأمر أن تناظر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته من ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار ، وقيل حل ثلاثة وثمانين ألفاً ، بحضر من الصحابة . وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال يتخرج أهل الميراث ، أى يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح . ولا يشترط أن تكون أيمان التركة معلومة ، لأنه لا يحتاج فيها إلى التسليم ، ويبيع ما لا يعلم قدره فيه جائز » (الزيلعي ٥ ص ٩ : - ص ٩٠ - وانظر أيضاً تكملة فتح القدير ص ٧٢ ص ٥٢) .

(٢) وقد تمت بحكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه اذا ظهر من ظروف الأحوال أن عقد التخرج لم يكن الفرض من صلحاً لوضع حد للنزاع الموجود ، فلا يعتبر إلا نزولاً =

أن هناك فروقاً في الأحكام فيما إذا كان التخارج صلحاً أو قسمة ، فنسمرض
الأمري .

١٤٠ - أمطام مشتركة في الخارج : سواء كان التخارج صلحاً
أو قسمة ، فهو كاشف على الحق لا منشئ له ، لأن هذه هي طبيعة كل من
الصلح والقسمة ، ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - من حيث نقل الملكية : لا ينقل التخارج ملكية مال التركة إلى
الوارث الخارج ، بل يتكشف الأمر عن أن الوارث الخارج يملك هذا المال
مفرزاً منذ البداية عن طريق الميراث . ولما كان هذا الأثر الكاشف لاحتاجة فيه
إلى التسجيل فيما بين الطرفين ، فإن التخارج لا يسجل لإنتاج أثره فيما بين الورثة ،
وإن كان التسجيل ضرورياً لإنتاج أثره بالسبة إلى الغير (١) . ويترتب على الأثر
الكاشف أيضاً أن جميع الحقوق العينية التي يكون الوارث الخارج قد رتبها على
الأموال الأخرى للتركة تسقط ، حتى لو كانت قد سجلت أو قيدت قبل إجراء
التخارج . إذ يعتبر الوارث لم يملك شيئاً من هذه الأعيان منذ البداية ، فيكون
تصرفه تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا ينفذ إلا بأجازة باقي الورثة (٢) .

ثانياً - من حيث التزامات الطرفين : لا تكون التزامات المتابعين ، بل هي
التزامات المتصلحين أو المتقاسمين . فلا يلتزم الوارث بنقل ملكية الأعيان
إلى الورثة ، إذ يعتبرون مالكيين لها منذ البداية . ولا يلتزم الورثة بنقل ملكية

= من أحد الورثة من حصته الشائعة في الميراث في مقابل شيء معين بقصد الخروج من الشيوع
(١٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ٢٥٩ ص ١٨٣) . انظر أيضاً بلانير وريير
وهامل ١٠ فترة ٣٥٥ ص ٤٥٣ ، ويشترطون حتى يكون التخارج قسمة طبقاً للقضاء الفرنسي
أن يكون من شأنه إفراز حصة كل من الورثة لا حصص بعضهم دون بعض .

(١) وتسجيل عقد التخارج لينتج أثره نحو الغير واجب ، سواء كان ذلك في عهد التقنين
الجديد أو في عهد التقنين السابق . ويسبق هذا التسجيل تسجيل إشهاد الوراثة (الأستاذ محمد
كامل مرسى فقرة ٢٥٢) . أما في فرنسا فالعقود الكاشفة - ومنها التخارج - لا تخضع
للتسجيل حتى في إنتاج أثرها في حق الغير (بودرى وسينيا فقرة ٩١١) .

(٢) وكذلك إذا تصرف الوارث في منقولات التركة ثم تخارج سقطت تصرفاته ، هذا ما لم
يكن قد سلم المنقول لمشتري حسن النية فيملكه عندئذ بالحيازة (بودرى وسينيا فقرة ٩١٢) .

المال الذى أخذه الوارث الخارج من التركة ، إذ يعتبر مالكا له هو أيضاً منذ البداية كما قدمنا .

ثالثاً - بالنسبة إلى الغير : لا يعتبر باقى الورثة هنا من الغير ، إذ هم الذين تعافدوا مع الوارث الخارج صلحاً أو قسمة (١) . أما دائر التركة فيبقون دائنين لها ، ولم أن يرجعوا بديونهم على الوارث الخارج بقدر ما أخذ من أموال التركة ، ولكن يكون للوارث الخارج فى هذه الحالة الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة ، لأنهم نصالحوا معه أو تقاسموا على أساس أن حصته الصافية من التركة بعد استئزال الديون هى ما أخذه من المال . أما مدينو التركة فيكونون مدينين لبقية الورثة ، كل بقدر حصته فى الميراث ، ولا شئ من هذه الديون للوارث الخارج فهو قد أخذ نصيبه من التركة ولم يدخل فيه شئ من هذه الديون (٢) . وأما الخلف الخاص ، ممن ترتب لهم حق عيني على الأموال الأخرى للتركة من عقار أو منقول أو دين من جهة الوارث الخارج أو تصرف لهم الوارث الخارج فى حصته كمجموع من المال ، فهو لاه تسقط حقوقهم بموجب الأثر الكاشف على النحو الذى قدمناه ، حتى لو كانوا قد سجلوا أو قيدوا عقود التصرفات الصادرة إليهم قبل التخارج .

١٤١ - الفرق بين التخارج كصلح والتخارج كقسمة: ويختلف حكم التخارج إذا كان صلحاً عن حكمه إذا كان قسمة من وجهين :

(الوجه الأول) فى الضمان : فى الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث ، إذ هو يدعى الورثة وينازعه الورثة فى ذلك ، ثم يتصلحون

(١) أما كيف يوزع باقى التركة على بقية الورثة ، وكيف تبين سهام كل وارث بما فهم ارث الخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث فى نظير ما تخارج عليه ويقسم الباقي من التركة على السهام الباقية ، فانظر فى كل ذلك الأستاذ محمد أبوزهرة فى أحكام التركات والموارث ص ٢٦٦ وما بعدها ، وليس هنا موضع بحثها .

(٢) لكن إذا دفع مدين للتركة للوارث الخارج شيئاً من الدين الذى عليه كان هذا الدفع مبرئاً للتركة إذا كان بحسن نية ، لأنه يكون قد دفع للدائن الظاهر (يودرى وسينيا فقرة ٩١٣) . أما إذا أعلن التخارج للمدين ، فلا يمد دفعه للوارث الخارج مبرئاً للتركة .

على التخارج . فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع ، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك . أما في القسمة ، فالوارث الخارج بضمن صفته كوارث على النحو الذى بيناه في بيع التركة . وبضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية ، سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة .

(الوجه الثانى) في الغبن : ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذى أخذه من مال التركة قليل ، فإن التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج إلا هذا المقابل قل أو كثر (١) . أما القسمة ، فيجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (٢) ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة التركة وقت القسمة . فإذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة مالا أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس ، كان له نقض القسمة ، ولبقية الورثة منع نقض القسمة باكمال الحصة الناقصة ، ويجب رفع دعوى نقض القسمة في خلال السنة التالية لوقوع التخارج (م ٨٤٥ مدنى) .

المطلب الثالث

صلاحية المبيع للتعامل فيه

١٤٢ - متى يكون الشيء صالحاً للتعامل فيه : يكون الشيء صالحاً

للتعامل فيه فيصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له لا يأتى ذلك ، وكان التعامل فيه مشروعاً أو غير ممنوع لا بنص في القانون ولا لمخالفته للنظام العام أو الآداب . وقد نصت المادة ٨١ مدنى على أن

(١) استئناف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ - ٢١ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ - الأستاذ محمد كامل مرسى
فقرة ٢٥٠ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر أيضاً في جواز إبطال التخارج للغلط أو التدليس أو الإكراه ، قسمة كان أو صلحاً : استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ (وهذا المكان السابق الإشارة إليه) .

١٥ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية . ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية . ونصت المادة ١٣٥ مدني على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » .

ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص أن الشيء لا يكون صالحاً للتعامل فيه ، فلا يصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا أبت طبيعته ذلك أو كان التعامل فيه غير مشروع .

١٦ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء

١٤٣ - التوسع في فهم معنى طبيعة الشيء : يجب أن نتوسع في فهم معنى « طبيعة الشيء » . فقد يكون عدم الصلاحية للتعامل راجعاً إلى طبيعة الشيء المادية ، أو لأن الشيء متصل بالشخص بحكم طبيعته القانونية أو الانفاقية ، أو بالنظر إلى الغرض الذي خصص له الشيء .

١٤٤ - حرمة الصلاحية للتعامل راجع لطبيعة الشيء المادية :

فالشيء لا يصلح للبيع إذا كان بحكم طبيعته المادية يستعصى على التعامل فيه . وقد قلنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن الشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . فإذا أصبح التعامل ممكناً في بعض النواحي جزاً ، فأشعة الشمس يحصرها « الفوتوغرافي » ، والهواء يستعمله الكيميائي ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصح أن يكون محلاً للامتلاك . أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا ماله له ، فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسماك في البحر ، ويملكه من يستولى عليه وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

١٤٥- حرمة التصرفية للتعامل راجع لانصال الشيء بالشخص:

وقد لا يصلح الشيء للبيع لأنه متصل بشخص صاحبه بحكم طبيعته القانونية اتصالاً لا يمكن معه الفكك . مثل ذلك حق الاستعمال وحق السكنى ، فقد نصت المادة ٩٩٧ مدني على أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » .

وقد يكون اتصال الشيء بالشخص بحكم طبيعته الانفاقية ، بأن يقع اتفاق يجعل الشيء متصلاً بشخص صاحبه لا يجوز له التصرف فيه . فإذا تلقى شخص هبة أو وصية ، واشترط الواهب أو الموصي ألا يتصرف الموهوب له أو الموصي له في الشيء ، فقد جعل الشرط الشيء متصلاً بالشخص بحيث لا يجوز له النزول عنه إلى شخص آخر . ويكون هذا الشرط صحيحاً إذا كان مبنياً على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة . فقد نصت المادة ٨٢٣ مدني على أنه « ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير » . ونصت المادة ٨٢٤ مدني على أنه « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً (١) » .

١٤٦- حرمة التصرفية للتعامل راجع للغرض الذي خصص له الشيء:

وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الشيء قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له . فالأموال العامة لا يباح بيعها لأنها

(١) وتذاكر الأهاب ، وتذاكر الجمالة للساح والملاهي ونحوها ، وعينات الأدوية التي ترسل للأطباء ، المنصوص فيها اتفاق ضمنى على أنها شخصية لا يجوز لصاحبها بيعها . (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٥) .
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

مخصصة لمنفعة عامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم . م ٢/٨٧ مدني) . والمال الموقوف يقتضي الغرض الذي خصص له عدم جواز التصرف فيه . وعدم انصلاحيته للتعامل هنا نسبي ، فالملك العام والمال الموقوف إذا كانا لا يصلحان للتصرف فيهما ، فهما يصلحان للإيجار . والمرجع في هذا إلى الغرض الذي خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز .

٢٩ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية

١٤٧ - المبدأ العام : قد يكون الشيء غير صالح للبيع لأن التعامل فيه غير مشروع . وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن عدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب ، وأن نص القانون الذي يمنع من التعامل يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي أيضاً إلى النظام العام أو الآداب . ويكون الغرض من إيراد النص إما لتوضيح حكم غامض كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلية ، وإما لتحديد حكم غير محدد كما في تحديد الربا الفاحش ، وإما لتحريم تفتيزه ظروف البلد الخاصة كما في تحريم بيع الوفاء وكما في الانجرار في الحشيش والخدرات ، وهو على كل حال دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . فيمكن القول إذن إن البيع يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد (م ١٣٥ مدني) .

وقد عرفنا ماهو النظام العام وما هي الآداب (٢) ، فلا نعود إلى ذلك .

١٤٨ - تطبيقات مختلفة : ونكتفي هنا بأن نشير إلى بعض أمثلة لبيع تخالف النظام العام أو الآداب ، وقد سبق أن استعرضناها تفصيلاً (٣) . فلا

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ ص ٣٩٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٨ .

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٤١ .

يجوز لأحد النزول عن حرته الشخصية ، ولا يجوز لناخب أن يبيع صورته لمرشح ، ولا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأحد ، ولا يجوز النزول عن الجنسية أو الاسم أو البنوة أو الأبوة أو الأهلية أو الولاية . ولا يجوز بيع بيت يدار للعاهرة أو القمار ، أو شراء مفروشات له . ولا يجوز بيع الرتب والأوسمة والعملة الزائفة . ولا يجوز بيع الإنسان على أنه رقيق .

وكثيراً ما تنص القوانين واللوائح على عدم جواز بيع أشياء معينة أو على تقييد بيعها لاعتبارات تنصل بالمصلحة العامة ، كالصحة والدفاع الوطني ، كما في بيع الحشيش والمخدرات والجواهر السامة والحيوانات الموبوءة والأسلحة (١) .

١٤٩ - بيع التركة المتفجرة وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال

الفضاء - اعمالة : وقد عرضنا لمسألتي من هذه المسائل بالتفصيل ، إحداهما في الجزء الأول من الوسيط (٢) وهي بيع التركة المستقبلية ، والأخرى في هذا الجزء الرابع (٣) وهي بيع الحقوق المتنازع فيها إلى عمال الفضاء . فنقتصر هنا على الإحالة إلى ما قدمناه في هذا الشأن .

١٥٠ - بيع العموم : بقی أن نبحث صورة أخيرة من صور البيع غير

المشروع في حاجة إلى شيء من البيان ، وهي صورة بيع العملاء (clientèle) . فللشخص في حرفته أو في تجارته أو في مهنته الحرية عملاء ألفوا التعامل معه ، فهل يجوز له أن ينزل عن هؤلاء العملاء لغيره من أصحاب حرفته أو تجارته أو مهنته ، فيكون هذا النزول إذا كان بمقابل بمثابة بيع للعملاء ؟

(١) انظر في هذه المسألة الأستاذين أحمد نجيب الحلالي وحامد زكي ص ١٣٤ - ص ١٣٦ -
الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ١٢٤ - ص ١٢٥ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ - فقرة ١١٣ .

لا يوجد نص تشريعى فى هذه المسألة ، إلا النص الوارد فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنا . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه : يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة . ومقومات المحل التجارى غير المادية - كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - هى عنوان المحل (enseigne) ، واسمه التجارى (nom commercial) ، والحق فى اجارة المحل (droit au bail) ، والاتصال بالعملاء (clientèle) ، والسمعة التجارية (achalandage) ، والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية (propriété industrielle) . وزى من ذلك أن الاتصال بالعملاء يدخل فى مقومات المحل التجارى ، ويكون أحد عناصره التى تدخل فى البيع . ولكن يلاحظ أن صاحب المحل التجارى لا يبيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال ، بل تبعاً للمحل التجارى ذاته . أما بيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال فلا يجوز ، وإن جاز أن يتعهد بائع المحل التجارى استغلالاً ألا ينافس المشتري فى هؤلاء العملاء وألا ينتج متجراً فى مكان يكون من شأنه جذب هؤلاء العملاء إليه ، وذلك بالقدر الضرورى لحماية المتجر المبيع .

وكذلك بيع عملاء الحرفة كعملاء النجار والحديد والخرائط والمقاول ، وعملاء المهنة الحرة كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس والمحاسب ، على سبيل الاستقلال ، لا يجوز . ولكن ، قياساً على بيع عملاء المتجر ، يجوز بيع عملاء الحرفة وعملاء المهنة الحرة تبعاً لبيع محل الحرفة ذاته أو المكان الذى تباشر فيه المهنة الحرة . فيجوز للطبيب مثلاً أن يبيع عيادته بما فيها من أجهزة ومهمات وأدوات ، وبما تشتمل عليه من حق فى اجارة المكان ، وبمن يتصل بها من العملاء . وللمحامى أو المهندس أن يبيع مكتبه على هذا النحو . بل إن مجرد بيع المتجر أو العيادة أو المكتب يفترض فيه أن حق الاتصال بالعملاء يدخل عنصراً فى البيع .

وقد تردد القضاء الفرنسى فى الأخذ بذلك ، وكان قبلاً يميز بين المتاجر والمهن الحرة . على أساس أن عملاء المهن الحرة - كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس - إنما يختارون من ياملونه على مقتضى اعتبارات تقوم على الثقة

الشخصية ، فلا يجوز أن يشملهم بيع العيادة أو المكتب (١) . ولكن هذا القضاء استقر أخيراً على عدم التمييز بين المتاجر والمهنة الحرة ، فإن الثقة الشخصية تقوم في الحالتين ما بين العملاء ومن يعاملونه . على أن الطبيب أو المحامي إذا أدخل العملاء محل اعتبار في بيع عيادته أو مكتبه ، فإنه لا يبيع هؤلاء العملاء ويتصرف فيهم كما يتصرف في السلع والمهمات . ولكنه يدخلهم في حساب قيمة العيادة أو المكتب ، فكثرتهم أو قلةهم والاحتمال في أن كثيراً أو قليلاً منهم يقرون عملاء للعيادة أو المكتب بعد بيعه ، كل هذا من شأنه أن يزيد أو ينقص من قيمة المبيع . والطبيب أو المحامي إنما يقدم في الواقع من الأمر خلفه هؤلاء العملاء وبوصيهم بالتعامل معه ، ويتعهد من جازبه ألا ينافس هذا الخلف منافسة غير مشروعة بأن يمنع من فتح عيادة أو مكتب جديد يجذب إليه فيه هؤلاء العملاء . وليس في شيء من هذا - تقديم الخلف للعملاء والتعهد بعدم المنافسة - أمر غير مشروع (٢) .

ويخلص مما قدمناه أن بيع عملاء على سبيل الاستقلال لا يجوز (٣) ، والجواز أن يتدخل حق الاتصال بالعملاء عنصراً تابعاً من عناصر العمل في العيادة أو المكتب عند بيعه (٤) .

(١) انظر أحكام القضاء الفرنسي في بلانول وديريه وعالم ١٩١٠ سنة ١٣١٠ من ١٩١٠
الش رقم ٣ .

(٢) قاضي فرنسا ١٥ مايو سنة ١٩٠٦ ، نازول ١٦١ - ١ - ٢٢٦ . وانظر أيضاً في
أخرى تور بلانول وديريه وعالم ١٩٠٨ من ١٩٠٨ - ١ - ٢٢٦ . وانظر أيضاً في
انتقال عملاء المهن الحرة سنة ١٩٠٢ - روبيو Roubieu في الحقوق المدنية والتجارة الدولية
بالعلاء في المجلة الدولية لقانون المدني سنة ١٩٣٩ من ٢٤١ - وقد تمت بحكم الاستئناف
المختلطة بأن التبايع يعتبر أنه قد وُفي به عند إذا عوِّق بالعدول استناداً إلى ذلك ، ولا يجوز حجب
بموجب إذا رفض له يومه المدة المشتري ، هذا ما لم يعود كالتابع بخياناً - روبرم على نازول
وإذا اتضح أن سبب انقطاع العدول عن الشراء من المحل هو زيادة الأثمان عليه ، فلا يجوز
على التبايع (٢٦ يناير سنة ١٩٠٤ م ١١ من ٢٩١) . ونفس أيضاً أنه لا يجوز التبايع
التراجع للعملاء من الشراء بنات غير مشروعة (٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ١٢٤ - ٢٠٠) .

(٣) بلانول وديريه وعالم ١٩٠٨ ، بقعة ١٢ - بلانول وديريه وبولانيه ١٩٠٨ -
ولان وكابستان ١٩٠٣ ، بقعة ١٢٣ - بلانول وديريه وعالم ١٩٠٨ ، بقعة ١٢٣ .

(٤) بلانول وديريه وعالم ١٩٠٨ ، بقعة ١٢٣ - بلانول وديريه وعالم ١٩٠٨ ، بقعة ١٢٣ -
بقعة ١٢٣ (سواء بسواء التبيع من رابطة المحل أو المكتب أو من رابطة المحل أو المكتب) .

المطلب الرابع

ملكية البائع للشيء المبيع

١٥٩ - يجب أنه يكون الشيء المبيع مملوفاً للبائع : لما كان البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فقد وجب أن يكون مالكا له حتى ينتقل ملكيته ، لأنه إذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية ، وفاقده الشيء لا يعطيه (١) .

ولا يمنع البائع من أن يكون مالكا للشيء أن يكون قبل البيع قد أجره أو رهنه ، فبيع الشيء المؤجر والشيء المرهون جائز ، وإنما ينتقل الشيء إلى المشتري وينتقل معه حق المستأجر أو حق الدائن المرتهن .

أما إذا صدر البيع من غير المالك ، فهذا هو بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال . وقد يكون البائع مالكا ولكن يخالط ملكيته حق الشركاء وذلك في بيع المال الشائع ، أو حق الورثة وذلك في بيع المريض مرض الموت ، أو حق الدائنين وذلك في بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد ديونها وفي بيع المحجور عليه والمعسر ، أو حق الدولة وذلك في بيع الأراضي الزراعية وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى .

فنبحث إذن : (١) بيع ملك الغير (٢) بيع المال الشائع (٣) بيع المريض مرض الموت (٤) بيع الوارث لعين التركة قبل سداد ديونها (٥) بيع المحجور عليه والمعسر (٦) بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعى .

١ - بلانويول وريبير وبولانجي ٢ - ٢٣٥٨ - كولان وكايتان ٢ - ٨٦٣ - وافنر والفقه المصرى : الأستاذ أفور سلطان ٢ - ١٢٧ - الأستاذ سليمان مرقس ٢ - ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى ٢ - ٩٢ - الأستاذ جليل الشرقاوى ٢ - ٣٩ - فى الفقه العراقى : الأستاذ حسن الزنون ٢ - ١٠٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف ٢ - ٢٣٧ - ٢ - ٢٤٣ . (١) ويتفرع عن ذلك أنه إذا تبين أن المشتري كان يملك المبيع قبل أن يشتريه ثم اشتراه ، فنراؤه باطل لأنه لا يستطيع أن يشتري ملكه . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا حكم بملكية شخص لعين متنازع عليها ، وكان المحكوم له قد اشترى هذه العين من المحكوم ضده ، فالبيع باطل لوقوعه على عين هى ملك المشتري (٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/١٥ ص ١٩) .

٥١ - بيع ملك الغير

(La vente de la chose d'autrui)

١٥٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٦ ، من القانونين المنقح على ما يأتي :

١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢ - وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

وتنص المادة ٤٦٧ على ما يأتي :

١ - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري .

٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

وتنص المادة ٤٦٨ على ما يأتي :

١ - إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكـ مجهول أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (١) .

(١) تاريخ النصوص

م ٤٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٢ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدق الجديد ، فيما عدا بعض فروق لغوية طفيفة . وقرته لجنة المراجعة بعد إزالة هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقم ٤٩٣ في المشروع المنقح . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٨٣ - ص ١٨٤ و ص ١٨٦ - ص ١٨٨) .

م ٤٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر ==

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٦٤/٣٣٣ و ٢٦٥/٣٣٤ و ٣٣٥ مختلط (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٣٤ - ٤٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٥٥ - ٤٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٣٥ - ١٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٨٥ (٢) .

== عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

م ٤٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ و ص ١٩٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٦٤/٣٣٣ : بيع الشيء المعين الذي لا يملكه البائع باطل ، إنما يصح إذا أجازاه المالك الحقيقي .

م ٢٦٥/٣٣٤ : إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ، ثم تبين بعد انعقاد البيع - م ملكيته لجميع ، جاز للمشتري أن يطلب منه تعويضات إذا كان متفقاً وقت البيع صحة ملكية البائع . م ٣٣٥ مختلط : إذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شيء معين والانتفاع به لآخر بشئ معين ، يحكم في التعهد بالتطبيق للقواعد العامة المقررة للتعهدات الاتفاقية .

(والأحكام . واحدة في التقنينين السابق والجديد ، غير أن نصوص التقنين الجديد أكثر إحاطة ، حل أن نصوص التقنين السابق هي بدورها أكثر وضوحاً من نصوص التقنين المدني الفرنسي المكتفية في هذه المسألة . ولم ينقل التقنين المدني الجديد المادة ٣٣٥ مختلط لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، وقد أغفلها التقنين الوطني من قبل : المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - ص ١٩٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٤ - ٤٣٦ (مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصري ، وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٧٧) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٥ - ٤٥٧ (مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٣٥ : ١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انعقد تصرفه - عرفاً على إجازة المالك . ٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ، ويطلب الفصول

١٥٣ - تحرير منطقة بيع ملك الغير : وبخلص من النصوص المتقدمة أن بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه - ولما ما يسمى ببيع ملك

== بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر . ٢ - وإذا لم يجز المالك تصرف الفضول ، بطل التصرف ، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى لفضول البدل فله الرجوع عليه به . فإن ملك البدل في يد الفضول بدون تدبته ، وكان العاقد الآخر قد أداه حالاً أنه فضول . فلا رجوع له بشيء منه . ٤ - وإذا سلم الفضول الدين المقنود عليها لمن تعاقد معه ، فهلك في يده بدون تدبته ، فلما كان أن يضمن قيمتها أيها شاء . فإذا اختار تضمن أحدها سقط عنه في تضمن الآخر . م ١٢٦ : ١ - إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحته وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصل أو المقنود عليه وقت الإجازة . ٢ - ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً . ٣ - ويبدأ سريان المدة . . . وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المقنود عليه ، فن اليرم الذي يعلم فيه المالك بصور العقد .

(والتفتين المدنى العراقى سار فى هذه المسألة على قواعد الفقه الإسلامى : فبيع الفضول - أى بيع ملك الغير - موقوف على إجازة المالك . وقد نقل التفتين العراقى أحكام العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى بعد إدخال تعديلات هامة جعلت هذه القواعد أكثر مسارية لقواعد الفقه العربى الحديث . ويختلف فى ذلك عن التفتين المصرى ، و هو هذا التفتين الأخير بيع ملك الغير قابل للإبطال . وقد ساعد التفتين العراقى على الأخذ بهذه الأحكام ، التى تغفل من بعض الوجوه أحكام التفتين المصرى وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف لا قابل للإبطال ، أن التفتين العراقى قد أخذ بطريقة البطلان كما هو فى الفقه الإسلامى لا فى الفقه العربى الحديث ، وهى نظرية تفضل الفقه العربى : أنظر فى ذلك مصادر الحق فى الفقه الإسلامى المولف الجزء الرابع فى نظرية البطلان - وانظر فى بيع الفضول فى القانون المدنى العراقى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٨ ، وانظر بوجه خاص فقرة ٦٤٧ حيث ينتقد الأستاذ الصراف نقل المشرع العراقى لنظرية الفقه الإسلامى فى بيع الفضول ، وهذا بالرغم من أن هذه النظرية تفضل نظرية الفقه العربى كما سبق القول) .

تفتين الموجبات والمقنود الشئى م ٣٨٥ : بيع ما اعتبر باطل إلا فى الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان البيع مبنياً بحسنه أو بضره فقط . ثانياً - إذا أجاز المالك . ثالثاً - إذا اكتسب فيما بعد حق الملكية على المبيع . أما إذا أبى المالك أن يبيع البيع ، فالبايع يضمن بدل المثل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك . ولا يجوز لبايع أن يدعى بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير . كل ذلك مع الاحتياط بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامى بتاريخ ١٥ آدر سنة ١٩٢٠ . (وهذه الأحكام فى مجموعها تتفق مع أحكام التفتين المصرى ، فيما عدا أن التفتين البنا لا يحمل للمشتري الحق فى التعويض إلا إذا كان حسن النية وكان البائع فى الوقت ذاته سيئ النية ، أما التفتين المصرى فيشترط حسن نية المشتري دون سوء نية البائع) .

الغير - عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري. وقبل أن نوصّل هذا البطالان ونبين أحكام البيع على هذا الوجه ، نحدد أولاً المنطقة التي ينحصر فيها بيع ملك الغير.

١٥٤ - ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير : فيبيع ملك الغير لا بد أن يكون يبيعاً لعين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع . فيخرج إذن من منطقة بيع الغير العقود الآتية :

أولاً - بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل : فإذا باع شخص مائة أردب من القمح ، وكذلك إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل ، لم يكن هذا بيعاً لملك الغير ، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكا للمبيع . ذلك أن المبيع لم يعين بذاته ، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك ، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات . أما في هذه المرحلة ، والمبيع لم يتعين بالذات ، فإن البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين . وعلى البائع تعيينه إذا كان موجوداً ، أو إيجاداً إذا كان لم يوجد ، ثم ينقل ملكيته للمشتري (١) .

ثانياً - تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر : فهذا ليس بيع ملك الغير لأن المتعاقد لا يبيع ملك غيره ، وإنما هو تعهد عن المالك في أن يبيع ، فيكون تعهداً عن الغير (٢) . وقد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد في الجزء الأول من الوسيط .

ثالثاً - بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع (٣) : فالبائع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتناً ، بل

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٩ (يتعهد بأن ينقل للمشتري ملكية شيء غير مملوك له عن طريق الاتفاق مع المالك بأية كيفية) - أوبري روه ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودري وسينييا فقرة ١١٦ ص ١٠٥ - ص ١٠٦ - جوسران ٢ فقرة ١٠٤٢ - الأستاذ عبد المنعم الدراوي ص ٥٧٥ .

(٢) استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٣ - بودري وسينييا فقرة ١٢٣ .

(٣) أو على شرط أن تظهر ملكيته بعد فحص مستنداته (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة

١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩) .

علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع . وليس هذا بيع ملك الغير ، فالبايع والمشتري متفقان على أن البيع ليس بيات ، بل هو معلق على شرط . فاذا تحقق هذا الشرط ، وأصبح البائع مالكا للمبيع ، انتقلت الملكية إلى المشتري وإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع (١) .

رابعا - بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط : فهنا البائع لم يبيع ملك غيره ، بل باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير بات . فهو إما ملك معلق على شرط راقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط ، وإما ملك معلق على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط . وفي كلتا الحالتين ينتقل الملك بوصفه إلى المشتري ، فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط راقف أو تحت شرط فاسخ ،

(١) فإذا باع شخص شيئا ، وجعل البيع موقوفاً على شرط أن يرسل عليه مزايا هذا الشيء ، يبيعه بالمزاد ، فإنه إذا واصل المزايا من البائع انتقلت الملكية إلى المشتري ، وإلا سقط البيع (استئناف مخطط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٨٩) .

وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معين على شرط أن يملك البايع المبيع ، بل على بيع احتمال . فالبيع في هذه الحالة يكون مجرد احتمال ، قد يتحقق بأن يملك البايع المبيع ، فتنتقل الملكية للمشتري ، وقد لا يتحقق فلا يملك البايع المبيع ولا ينتقل شيء إلى المشتري . ويراعى ذلك في الحل في تحديد الزمن ، فيكون الزمن متناهياً حتى يقابل احتمال عدم تملك البايع المبيع . وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معين على شرط ، بل على أن يعمل أحدهما على أن يكتسب ملكية شيء معين بالذات فينتقلها للآخر (أنظر ٣٣٥ مخطط) . وهنا أيضاً ليس العقد بيعاً ملك الغير ، بل هو ليس بيعاً أصلاً ، لأن التعاقد لم يلتزم بفتح ملكية ، بل يلتزم أن يقوم بعمل هو اكتساب الملكية . فإذا ما اكتسبها ، نقل ذلك عند بيع ينتقل هذه الملكية للمشتري . وإذا لم يكتسبها كان مشغولاً عن التعويض . وتختلف هذه الضرورة من ضرورة التعمد من الغير إلى أن لا يعمد من الغير يلتزم بأن يعمل التعاقد معه بكتسب الملكية من الغير رأساً ، فلا تنتقل إليه إلا أنه لا يلتزم بها هو إلى المشتري (أوبري ورو ، فقرة ٢٥١ ص ٤٢ - بلانويول وروبير وفاملر ، فقرة ٤٢ ص ٤٨ - كولان وكالينجان ، فقرة ٨٦٤ - جوسران ، فقرة ١٠٤٢ ص ٤٤ - الأمانات أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٧ - الأستاذ محمد كامل مرعش فقرة ١٣٢) . وتختلف من ضرورة بيع الشيء غير المعين بالذات بأن التعاقد هنا يتعمد بكتسب ملكية شيء معين بالذات ثم ينقلها إلى المتعاقد الآخر ، أما في بيع الشيء غير المعين بالذات فالبايع يتعمد بفتح ملكية شيء معين بالذات .

ولا يعتبر بيعاً ملك الغير الوعد بالبيع الصادر من غير مالك . بل يصح الوعد في هذه الحالة . فإذا أظهر المومود له رغبة في الشراء ، وكان الوعد قد أصبح مائتاً لشيء ، تم البيع . وإذا لم يكن الوعد قد أصبح مائتاً لشيء ، وقت ظهور رغبة المومود في الشراء ، انقلب الوعد بالبيع بيعاً ملك الغير وكان فاسداً لإبطال (الأستاذ عبد النعم الجباري فقرة ٣٩٠ ص ٤٠٠) .

فاذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري بآنة (١) . وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن البيع هنا بات وملكه المبيع هي المعلقة على شرط ، أما في الصورة السابقة فالبيع هو المعلق على شرط وملكه المبيع بآنة .

خامساً - بيع الشيء السائع : فهنا يبيع الشخص شيئاً يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين ، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك غيره . ولكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة ، فان وقع هذا الشيء كله في حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه ، وإن لم يقع في حصته اعتبر بائعاً لملك الغير .

سادساً - بيع الوارث الظاهر : وهذا إذا كان في حقيقته بيعاً لملك الغير لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع ، إلا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل تجعل بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي . ومن ثم يملك المشتري المبيع ، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاهها القانون للمشتري في بيع ملك الغير (٢) .

(١) أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد أصبح المشتري غير مالك ، وليس له الرجوع على البائع إذا كان البيع احتمالياً (بودرى سبينا فقرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٣٨٩ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٧٨) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٠ . ونظير ذلك المشتري في بيع ملك إذا ملك المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والعقار ، أو إذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، أو أجاز المالك الحقيقي البيع ، فتنتقل في جميع هذه الأحوال الملكية إلى المشتري (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسبينا فقرة ١٢٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨) .

على أن المشتري في بيع ملك الغير ، إذا كسب ملكية المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والعقار ، يكون قد كسبها بالحيازة أو بالتقادم ، لا بالبيع الصادر من غير المالك . ويذهب رأى إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد ، لأن التمسك بهذا الدفع قد لا يقره ضميره (بيدان ١١ فقرة ١٢٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٨٠ ص ١٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١١ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥١) .

وإذا كسب المشتري في بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر غير هذا البيع ، كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقي أو ورثه منه أو أخذه وصية منه ، فإن بيع ملك الغير لا يتقلب صحيحاً في هذه الحالة ، بل يبقى قابلاً للإبطال ويكتفى للمشتري الحق في طلب إبطاله (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٥) .

بأن يملك كل ثالث في مملكته بيع ذلك الغير ، بيع الممتلكات أمينا معينة بأشياء غير ممنوعة له إلا مفسد بالبيع نقل الملكية من المالك (١) ، ويستوى أن يكون البائع عالما بأنه لا يملك البيع أو يعتقد أنه يملكه ، أما يستوى أن يكون البيع مساومة أو بيعاً قضائياً ، ويستوى في البيع القضائي أن يكون بيعاً جبرياً أو بيعاً اختيارياً (٢) .

وبيع ملك الغير ، على هذا التحديد ، يقع كثيراً في العمل . فالأب قد يبيع ملك ولده ، لا بآبائه نائبا عنه ، بل باعتباره أصيلاً عن نفسه . والزوج قد يبيع ملك زوجته (٣) . والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة ، أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته . والشريك في الشبوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك الا حصته فيها . وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك . وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة . فهذه كلها تعتبر بيوعاً لملك الغير (٤) .

وبيع ملك الغير قابل للإبطال كما قدمنا . فنؤصل هذا البطلان ، ثم نبين أحكام البيع ذاته .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٩٢ . ويتقدم البائع عادة في بيع ملك الغير بضيف البيع إلى نفسه . فإن أضافه إلى المالك الحقيقي ركاناً نائباً عنه ، فإن البيع يعتبر صادراً من المالك الحقيقي وفقاً لقواعد المقررة في البينة . أما إذا لم يكن نائباً عنه ، فإن البيع في هذه الحالة يكون بيع ملك الغير . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن من المقرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره هل أنه ملك لنفسه فيبيع باطل ، ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاده أصلاً . إنما يتخذ موقفاً هل إجازة مالكه إذا باعه هل أنه ملك لغيره . وولاية الأب على ولده الصغير وإن كانت تحول له حق بيع عقار قاصره ، إلا أنها لا تخرجه من القاعدة العامة السابق ذكرها ، ويجب لانعقاد هذا البيع أن يقرر الول أنه ملك ابنه (٢٣ مايو سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٤٤) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٢٦ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٩ - أنسكلويدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٦٥ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٣٧٠ .

(٤) بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٧ - بلانويول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٦ - حمران ٢ فقرة ١٠٤٨ - أنسكلويدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٦٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٥٧ ص ١٥٢ - الأستاذ سليمان مرضس فقرة ٢٦٥ ص ٤٤٥ .

١ - تأصيل البطلان في بيع ملك الغير

١٥٥ - النظريات التقليدية : تنص المادة ١٥٩٩ من التقنين المدني

الفرنسي بأن بيع ملك الغير باطل ، وبأن للمشتري الحق في التعويض اذا كان
يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع . وقد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في
تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، اذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض .

فهناك رأى يذهب إلى أن هذا البيع إنما هو قابل للفسخ وليس باطلا ،
وترجع قابليته للفسخ إلى أن البائع لم يحم بالتزامه من نقل ملكية المبيع إلى
المشتري ، فللمشتري أن يطلب فسخ البيع (١) . وعيب هذا الرأى واضح ،
إذ هو يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص التقنين الفرنسي ومع نص التقنين
المصري أيضاً ، فالنص في التقنين على البطلان والبطلان شيء غير الفسخ .
هذا إلى أنه لو كان بيع ملك الغير جزاؤه الفسخ فحسب ، لكان للقاضي سلطة
تقديرية في إجابة المشتري إليه ، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع
من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى (٢) .

وهناك رأى ثان يذهب إلى أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً (٣) ، إما لانعدام السبب
إذ التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية، وإما
لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك

(١) كولين دى سانتير ٧ فقرة ٢٨ مكررة . بفنوار في الملكية والعقد سنة ١٩٢٤ ص ٥١٦ -
جودمين في النظرية العامة للالتزامات باريس سنة ١٩٢٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ - الأستاذ
جويل لشرقاوى رسالة في نظرية البطلان فقرة ١٠٣ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٦ (ويقول بهذا الرأى
حتى في عهد التقنين المدني المصري الجديد ، البيع فقرة ٤١ ص ١٠٢) . وقد جعل التقنين المدني
لابطال الجديد الصادر في سنة ١٩٤٢ (م ١٤٧٩) بيع ملك الغير قابلاً للفسخ حتى لو كان
المشتري يجمل أن البائع غير مالك .

وهذه الأستاذان كولان وكايتان (٢ فقرة ٨٦٩) إلى أن التقنين المدني الفرنسي جعل
الجزاء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ كان أوفق .

(٢) بودوى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ .

(٣) أوبري وودو ٥ فقرة ٣٥١ هامش رقم ٤٣ - استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣

ص ٢٧٦ - بيدان ١١ فقرة ١٠٤ - استئناف مخطط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ .

إلى المشتري . وعيب هذا الرأي أنه يتعارض هو أيضاً معارضة صريحة مع الآثار
الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير وستفصلها فيما يلي ، ولو كان هذا البيع باطلا
بطلاقاً مطلقاً لما أنتج أثراً . هذا إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء
غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه ، فالسبب إذن غير معدوم ،
والحل غير مستحيل استحالة مطلقة ، وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل
ملكية المبيع إلى المشتري فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق (١) .

وهناك رأي ثالث يذهب إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاقاً نسبياً ، إما لغلط
في شخص البائع فقد توهم المشتري أنه مالك للمبيع ، وإما لغلط في المبيع فقد توهم
المشتري أنه مملوك للبائع (٢) . وعيب هذا الرأي واضح ، فهو يقتضي ألا يكون
بيع ملك الغير قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع
في غلط في البائع أو في المبيع . وهذا يتعارض مع عموم النص في التقنين الفرنسي ،
ومع صريح النص في التقنين المصري فإن المادة ٤٦٨ من هذا التقنين تصرح
بوجوب التعويض للمشتري إذا كان حسن النية فإذا كان سيئ النية بقي البيع
قابلاً للإبطال وإن كان المشتري لا يستحق التعويض (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - والذي يعتبر مستحيلاً استحالة
مطلقة ليكون العقد ممة باطلا بطلاقاً مطلقاً هو أن يبيع شخص آخر شيئاً يبين به ذلك أنه كان
مملوكاً للمشتري وقت البيع ، كأن يكون هذا الشيء موصى به من المالك الحقيقي للمشتري دون أن
يكون هذا عالماً بالوصية ، فهذا البيع يكون باطلاً بطلاقاً مطلقاً لاستحالة الحل استحالة مطلقة
(كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٤ - أنيسكلويدي دالورز لفظ vente فقرة ٣٧٩ - وانظر
آنفاً فقرة ١٥١ في الهامش) - ويقول الأستاذ إسماعيل عالم : « أما استحالة نقل البيع في بيع
ملك الغير فهي استحالة نسبية ، إذ أن هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو
المالك الحقيقي ، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١٥) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٠٤٣ و ١٠٤٥ ، ويذهب إلى أن بيع ملك الغير باطل يفترض
فيه دائماً أن المشتري حسن النية وأنه يجهل أن الشيء مملوك لغير البائع (أنظر عكس ذلك كولان
وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٥ ص ٥٧٧) . وانظر م ٣٣٤ من المشروع الفرنسي للإبطال . وهي تبني
بطلان بيع ملك الغير على الغلط .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١١٨ - والبطلان النسبي هو الذي وقف عنده التقنين المدني
المصري السابق ، فقد نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصبح إذا أجازته المالك الحقيقي
(م ٢٦٤ / ٣٣٣) ، والعقد الباطل بطلاقاً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، وإنما تلحق الإجازة =

على أن أتتبه الترفيع المأمور، أخذ يتأخر حتى جازمته بالظن ياتر، الخالدية ،
وبعد، حسب إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان الاستحقاق،
سبق المشتري إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك
الحقيقي . فهو في دعوى ضمان الاستحقاق العادية يجب أن يترتب حتى يتعرض
له المشتري ، وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق .
أما في بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع للمشتري ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك
الحقيقي ، بل يسادر إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع ، فدعوى البطلان
هذه ليست إلا دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري رفعها - *garantie d'éviction anticipée* (١) . ولكن القول بأن دعوى البطلان هي دعوى ضمان
استحقاق استبق إليها المشتري يقتضى أن تكون مدة التقادم ، لا عشر سنوات
كما هو الأمر في القانون الفرنسي ، بل ثلاثين سنة وهذه هي مدة التقادم

= المقعد الباطل بطلاناً نسبياً . وبالرغم من صراحة النص ، فقد اضطرب الفقه المصري في عهد
التقنين الدار السابق ، وسائر الفقه الفرنسي في اضطرابه (أنظر في الفقه المصري في عهد التقنين
السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٦٣ - فقرة ١٦٨ - عقد الإيجار للمؤلف
فقد ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - الأستاذ حلمي بهجت بدوى في مقال في مجلة القانون
والإحصاء ص ٨٨ وما بعدها) .

(١) يبدان ١١ فقرة ١٠٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ - بلانيول وريبير
وبولانجه ٢ فقرة ٢٣١٧ .

ويذهب بودرى وسينيا إلى أن بيع ملك الغير مشوب بعيب أصل هو استحالة تنفيذه ، وأن
هذه الاستحالة تنطوي على خطأ في جانب البائع إذ للزم بما لا يستطيع تنفيذه . فالبطالان الذي
يقوم على هذا الأساس إنما هو بطلان لمصلحة المشتري ، فهو بطلان نسبي وتقرب آثاره من آثار
البطلان لغلط (بودرى وسينيا فقرة ١١٨ ص ١١١) .

ويذهب بلانيول وريبير وهامل إلى أنه لما كان البيع في القانون الروماني لا يلزم البائع بنقل
الملكية ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً ، فإن البيع في القانون الحديث وهو يلزم البائع بنقل
الملكية يجب أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وقد نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٥٩٩) فلا
على هذا البطلان . ولكن الفقه والفقهاء في فرنسا لم يجدوا من الضروري أن يسلبا بيع ملك الغير من
أى أثر يترتب عليه ، فعولوا البطلان لحماية مصلحة المشتري ، فيستطيع هذا طلبة إذا هو لم يظفر
بعد البيع بملكية المبيع ، وصارت دعوى البطلان أقرب إلى أن تكون دعوى ضمان استحقاق
سلبية (*garantie d'éviction anticipée*) (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥) .

في القانون الفرنسي في دعوى الضمان . فلا بد إذن أن يختلط ، في دعوى بطلان بيع ملك الغير ، معنى الضمان بمعنى البطلان (١) .

١٥٦ - رأى يستر الى نظرية تحول العقد الباطل : والتفتين المدني

المصري الجديد صريح في أنه يجوز للمشتري إبطال بيع ملك الغير (م ١/٤٦٦) ، وفي أنه إذا أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري (م ١/٤٦٧) ، وفي أن البيع ينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (م ٢/٤٦٧) . فهذه كلها نصوص صريحة قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، وقد قنن المشرع المصري بهذه النصوص الرأي الذي ساد فعلاً في كل من الفقه المصري والفقه الفرنسي .

بني أن نؤصل هذا البطلان . وهناك رأى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس (٢) في عهد التفتين المدني الجديد ، يقول بأن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع . ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (conversion) المنصوص عليها في المادة ١٤٤ ملغى . فيتحول بيع ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشيء لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع . وقد فرض المشرع فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البائع انصرف نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع على هذا النحو ، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك ففروض إلى أن يثبت العكس ، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول . ويحتم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبرة الآتية : وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدین المحتملة إلى التحول ، إذ فرض فيه انصراف نية البائع

(١) أنسيكلوبيدي دالوز . لفظ vente فقرة ٣٨٩ .

(٢) البيع فقرة ٢٨١ .

المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري (١) .

ونأخذ على هذا الرأي أمرين :

أولاً - القول بأن بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض تعارضاً واضحاً مع صريح نصوص التقنين المدني المصري ، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً (٢) .

ثانياً - والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة . فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد بدلاً من العقد الباطل . ونية المشتري المحتملة تستعصى على هذا التأويل . فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية ، فلا يجوز إثبات العكس ، وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع . وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد ، فلا يكون عنك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح .

١٤٧ - رأى آخر يذهب إلى أنه بيع ملك الغير عقد موقوف :

وعنك رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على التحول المعروف في الفقه الإسلامي . قال بهذا الرأي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « النظرية العامة للتأمين العيني » (٣) ، إذ كتب ، ما يأتي : « وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير . على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . وعدم نفاذ العقد النافذ

(١) الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦٢ - وانظر في رد مطول على هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٥٤ - ص ٢٤٨ .

(٢) ولا يقال إن هناك استحالة مطلقة في أن يلتزم البائع بنقل ملكية شيء لا يملكه ، فقد بينا أن البائع يمكنه أن يلتزم بذلك ، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هو التمسك لا البطلان المطلق .

(٣) الجزء الأول فقرة ٩٢ .

للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً . والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الماس . وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان (١) .

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي :

أولاً - لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً ، لما أنتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي ، كما تقتضى بذلك أحكام الفقه الإسلامى . ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال ، شأنه شأن أى عقد قبل للإبطال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله . ثم إن المشتري يملك الإجازة ، وللعقد الموقوف في الفقه الإسلامى لا يجيزه إلا المالك الحقيقي .

ثانياً - نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصرى من الفقه الإسلامى باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م ٢/١ ملق) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بها في مجاوزة الريل لحدود الوكالة ، فيكون تعاقده موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها . أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح (٢) .

(١) ويشير الأستاذ فغقي شحاتة في الحاشية إلى نظرية الفقه الإسلامى في البيع الموقوف ، وإلى المادة ١٠٨ من التقنين المدنى الألمانى وتقتضى بأن العقد الصادر من القاصر بدون إجازة الوصى هو عقد غير نافذ ، وإلى المادة ١٠٩ وتقتضى بأن الطرف الآخر في التعاقد يستطيع الرجوع في العقد ما لم يجزه الوصى .

(٢) وهذا لا يمنع ، من ناحية السياسة التشريعية ، أن نظرية للعقد الموقوف تفضل بكثير نظرية العقد القابل للإبطال في بيع ملك الغير . وقد بسطنا ذلك تفصيلاً في كتاب « مصادر الحق في الفقه الإسلامى » الجزء الرابع ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧ .

١٥٨- الرأى الذى نقف عنده - بيع ملك الغير قابل للإبطال

بموجب نص خاص فى القانون أنشأ بطوره : لذلك لا زى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف ، بل هو عقد قابل للإبطال كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه . ونعيد هنا ما كنا نقوله فى هذا الصدد فى عهد التقنين المدنى السابق (١) ، فان التقنين المدنى الجديد لم يدخل أى تعديل فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير :

لا يسعنا ، إزاء تضارب الآراء فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، إلا أن نرجع إلى الأصل التاريخى لهذا البطلان . كان بيع ملك الغير فى القانون الرومانى صحيحاً ، لأن البيع فى هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية ، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد (٢) . وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك ، ومن ثم كان يبيعه صحيحاً . وكان يترتب على ذلك أن المشتري لشئ غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقى ، فيبقى قبل هذا التعرض مهدداً دون أن يستطيع شيئاً قبل البائع . واستمرت الحال على ذلك فى القانون الفرنسى القديم ، رغم أن البيع أخذ يتدرج فى طبيعته إلى عقد ناقل للملكية . ثم لما قرر التقنين المدنى الفرنسى ، ومن بعده التقنين المدنى المصرى القديم والجديد ، بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية ، أصبح بيع ملك الغير منافياً لطبيعة عقد البيع . فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلاً للإبطال لحماية المشتري ، فيستطيع هذا ، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى ، أن يادى البائع بطلب إبطال البيع ، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقى حتى يتمكن من تصحيح موقفه (٣) .

فالعلة إذن فى كون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال هى منافاة هذا العقد لطبيعة

(١) مذكرات غير مطبوعة فى البيع للمؤلف سنة ١٩٢٧ - عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - نظرية العقد للمؤلف سنة ١٩٣٤ ص ١١٦ هامش رقم ٢ .

(٢) بودوى وسينيا فقرة ١١٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ .

(٣) بودوى وسينيا فقرة ١١٩ مكررة .

البيع . ولكن العلة وحدها لا تكفى ، فنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون علة معقولة للبطلان ، ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . فسبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للبطلان لا كاشف عنه (١) ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية (٢).

وأكثر الفقهاء يفترضون أن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان ، فيستخدم الخلاف بينهم ويتضاربون . والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبيع ، أنشأه نص تشريعى خاص ، لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع . ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان . من ذلك أن بيع ملك الغير يجزئه المالك الحقيقي ، وينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالِكاً للمبيع ، مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازاه العاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري (٣) . فلا بد إذن من القول

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ .
(٢) وهذا هو المقرر فعلاً في التقنين المدنى الألماني حيث لا يوجد نص مل بطلان بيع ملك الغير . فالبايع في هذا التقنين يلتزم بنقل ملكية الشيء إلى المشتري (م ٤٣٣) ، فإذا لم ينفذ التزامه جاز للمشتري طلب فسخ البيع (م ٤٤٠) . وتنفيذ الالتزام بنقل الملكية يكون بانفاذ تال مستقل من عقد البيع مع قيده في السجلات العقارية بالنسبة إلى العقار (م ٨٧٣) ، أو مع التسليم بالنسبة إلى المنقول (م ٩٢٩) . ويستطيع المشتري في بيع ملك الغير في القانون الألماني أن يرفع دعوى الفسخ على البائع ، حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، وفي هذا يختلف القانون الألماني من القانون الرومانى اختلافاً بينا (سأى في الالتزامات فقرة ١٥٢ و فقرة ٢٠٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٥ ، هاشر رقم ٣) . وانظر أيضاً في تقنين الالتزامات السويسرى المادة ١٨٤ في الالتزام بنقل الملكية ، والمادة ٦٥٦ في نقل ملكية العقار باتفاق تال يقيد في السجل العقارى ، والمادة ٧١٤ في نقل ملكية المنقول باتفاق تال يصحبه التسليم .
(٣) وسرى أن المشتري إذا كان له أن يجزى بيع ملك الغير ، فإن المالك الحقيقي له أيضاً أن يجزى ، بل إن إجازة المالك الحقيقي أبلغ أثراً من إجازة المشتري ، فهى تغلب العقد =

بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعى صريح واستند فى إنشائه إلى علة معقولة (١) .

== صحيحاً وتجعله فى الوقت ذاته سارياً فى حق المالك . وسرى أيضاً أن العقد ينقلب صحيحاً بمجرد أن يصبح مالكا للبيع ، وهذه خصوصية لا تعرف فى العقد القابل للإبطال طبقاً للقواعد العامة .

(١) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٤٩ - ص ٥٠ - والأستاذ إسماعيل غانم ص ١٥ - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٤ ص ٣٩١ - ص ٣٩٢ .

وقد قررنا هذا الرأى نفسه فى كتاب الإيجار فى العبارات الآتية : « بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً ، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة ، لأنه خاضع فى مصدره وفى أحكامه إلى مبادئ أخرى خاصة به . فمن العبث إذن أن نحاول البحث فى القواعد العامة على ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير . أما العلة فى البطلان فمراجعة إلى أن البيع ناقل بصيغته للملكية ، ولم يكن كذلك من قبل . فقد كان البائع فى القانون الرومانى لا يلتزم بنقل الملكية بل ينقل مجرد الحيازة ، ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحاً . واستمر الحال كذلك فى القانون الفرنسى القديم . مع الالتجاء إلى بعض أوضاع تسهل نقل الملكية . أما فى القانون الفرنسى الحديث فقد تقرر أن البائع يلتزم بنقل الملكية ، ولذلك تغيرت طبيعة البيع ، وأصبح بيع ملك الغير منافعاً لها . ولاحظ واضع قانون نابليون هذا التغير فرتبوا عليه نتيجة المنطقية وهى بطلان بيع ملك الغير . ولم تكن علة البطلان - وهى تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع - عل وجاهتها بكانية وحدها فى تقرير البطلان من الوجهة القانونية ، لأنها لا تستند إلى مبدأ عام يطبق على جميع العقود . وكان لا بد من نص صريح ينشئ البطلان ويخلق ، فالمواد ٢٦٤/٣٣٣/١٥٩٩ تعتبر نصوماً منسثة لا مقررة ، بحيث لو كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير - حتى مع بقاء حلة البطلان المشار إليها (وهذا هو الأمر فى القانون الألمانى) - ونرى مما تقدم أنه حتى يكون إيجار ملك الغير باطلاً ، يجب وجود نص خاص بذلك ، ولا يصح القياس على البيع - وفى الوقت الذى كان بيع ملك الغير فيه يعتبر صحيحاً ، كان يترتب على ذلك أن المشتري لا يستطيع أن يحرك ملكاً قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى . فلما أصبح البيع ناقلاً للملكية ، كان هذا كافياً لإخراج المشتري من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان بيع ملك الغير ، لأنه كان يستطيع طلب فسخ البيع مادام البائع لم يقم بالتزامه من نقل الملكية . ولكن المشرع - مراعاة للاعتبار المتقدم وهو أن تغيير طبيعة عقد البيع وضرورته عقداً ناقلاً للملكية يستلزم منعقياً بطلان بيع ملك الغير - قررو أيضاً هذا البطلان . فأصبح المشتري بالخيار بين أن يلجأ إلى الاحتياء بالمبادئ العامة ويطلب الفسخ - بعد أن يميز البطلان ولو ضمناً - وبين أن يلجأ إلى الحماية الخاصة التى أعطاهها له القانون بالنص الخاص بالبطلان ليطالب بطلان العقد ، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعوى البطلان . (عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣) .

ويتفق معنا الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى أن بطلان بيع ملك الغير غير مستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعى خاص . ولكنه يقول إن الاتفاق إذا كان من شأنه نقل الملكية ==

١٥٩ - بيع عقار الغير قابل للإبطال بعد التسجيل وقبل: وبإلحاق

= في الحال، ولا قبل للإبطال أما إذا كان الاتفاق لا ينقل الملكية في الحال بل يكتسب بتقرير التزام في ذمة البائع بنقلها، فلا تنافس، إذ يجب أن يعمل البائع على الملكية وينقلها، فمشتري وبذلك ين بالتزامه (انظر مثلاً في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٩٩). وفي رأينا أن البيع الذي يقرر التزاماً بنقل الملكية في ذمة البائع لا يختلف في طبيعته عن البيع الذي ينقل الملكية في الحال، فالبيع لا ينقل الملكية إلا لأنه أولاً ينشئ التزاماً بنقلها، ثم ينفذ الالتزام فتنتقل الملكية فعلاً. ولذلك لا نفرق - من حيث طبيعة العقد - بين بيع العقار غير المسجل ويقرر التزاماً بنقل الملكية، وبين انتقال المسجل وينقل الملكية فعلاً. فكلاهما عقد ناقل للملكية تتناقص طبيعته مع بيع ملك الغير، وكلاهما قابل للإبطال. وقد اضطر الأستاذ حلي بهجت يدعى، وهو ينكر على بيع العقار غير المسجل طبيعته كمقد ناقل للملكية، أن ينكر هذه الطبيعة أيضاً على بيع العقار غير المسجل، إذ التسجيل لا يغير من طبيعة العقد، ولا يبطئه إذ كان صحيحاً. وقاده هذا المنطق إلى اعتبار بيع عقار الغير بعد تسجيله صحيحاً، مخالفاً في ذلك البداية والإجماع. وسموود إلى هذه المسألة فيما يلي.

ويتفق معنا كذلك الأستاذ حامد زكي في أن بطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقاً للقواعد العامة بل إنشاءً للشارع بنص خاص. ولكن من البطلان عنده نرجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على الملكية وانتقالها إليه، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان مراحها إلى حين حصول التسجيل، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية، ولذا أبطل المشرع قصره. (الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٢٦٦). ولا نرى فرقا، في استظهار علة البطلان، بين القول بأن ذلك راجع إلى أن البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية فتتناقص طبيعته مع بيع ملك الغير، والقول بأن ذلك راجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشتري على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود، فالتمييز وإن كانا مختلفين نظرياً على فكرة جوهرية واحدة.

انظر في استعراض هذه الآراء وانتقادهما الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٥ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ - وينتهي إلى القول: «ويبدو لنا، بعد عرض هذه الآراء، أن نص المشرع على قسبة بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للمقود الأخرى كالإيجار مثلاً، لا يستند إلى أي أساس قبي. وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية، وقد تأثر فيه المشرع المصري بمسلك القضاء الفرنسي الذي لم يلتزم حدود النص، وخرج عما قصده واضعوا قانون نابليون الذين يبدو أنهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق... ولهذا فنتهي إلى أن لا يوجد أساس قبي يبرر إبطال بيع ملك الغير. وربما كان مسلك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرغبة في تكملة أحكام ضمان الاستحقاق... ولهذا نحن نختار من الشرائع الفرنسية يقولون إن دعوى إبطال ملك بيع الغير ليست إلا إعمالاً لضمان الاستحقاق قبل أن يتحقق الترضي الفعلي، أو أنها تكملة لأحكام الضمان» (الأستاذ منصور منصور منصور ص ٢٦١ وص ٢٦٢ وص ٢٦٤).

أن يبيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل . فلم يغير قانون التسجيل ، ولا قانون الشهر بعده، من طبيعة عقد البيع . ونصوص هذين القانونين صريحة في هذا المعنى . فنص المادة الأولى من قانون التسجيل على أن جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التي من شأنها إنشاء ملكية . . يجب شهرها بواسطة تسجيلها . وتنص المادة التاسعة من قانون الشهر على أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . . يجب شهرها بطريق التسجيل . فيبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من شأنه - أو من طبيعته - نقل الملكية ، إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع . فيبيع عقار الغير إذن لا يزال متافياً لطبيعة عقد البيع ، ومن ثم فعلة البطلان في البيع غير المسجل موجودة ، والنص على البطلان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل . بل إن التفتين المذني الجديد جاء حاسماً في هذا الصدد ، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري لإبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع ، إذ يقول في نهاية الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ : « ويكون الأمر كذلك (أى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع) ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » . وما دامت هلة البطلان موجودة ، وما دام النص المنشئ للبطلان عاماً يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل ، وجب القول إن بيع عقار الغير يكون قابلاً للإبطال قبل تسجيله ، ويبقى بطبيعة الحال قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

ولا يمكن أن نقول بأن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل . قابليته للتسجيل بعده (١) . فان التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً ، فلو كان بيع عقار الغير صحيحاً قبل التسجيل فانه ينبغي أن يستمر صحيحاً بعده (٢) . ولما كان بيع عقار الغير قابلاً للإبطال قبل التسجيل ، فانه يجب أن يستمر قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

(١) وهذا ما قاله الأستاذ أحمد نجيب الحلال فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - وهذا هو الأمر في القانون الألمانى كما سبق القول .

كذلك لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلا يجب أن يكون المتسود بالبيع نقل الملكية في الحال، والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية في الحال، فبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، ويبقى صحيحاً بعد التسجيل لأن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً (١). ذلك أنه يجوز أن يقصد المتعاقدان نقل الملكية في الحال، ولكنهما لا تنتقل فعلاً لسبب لا يرجع إلى إرادتهما. ففي حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية في الحال، ولكن يحول دون ذلك ضرورة التسجيل وهو وضع اقتضاه القانون لإرادة المتعاقدين. فتبقى علة البطلان - وهي قصد نقل الملكية في الحال - متوافرة في بيع عقار الغير قبل التسجيل، فيكون هذا البيع قابلاً للإبطال، وقد ورد نص التفتين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) صريحاً في هذا المعنى كما سبق القول (٢).

(١) وهذا ما ذهب إليه الأستاذ حلمي سبت بدوي في المقال المشار إليه سابقاً والاقتصاد ١ ص ٩٨ وما بعدها). فهو يرى - كما سبق القول، أن علة بطلان بيع ملك الغير هي أن الملكية في البيع يجب أن تنتقل في الحال، ومن يبيع ملك غيره لا يترتب عن بيعه هذا الأثر. ولما كانت هذه العلة قد زالت بصدر قانون التسجيل، فقد زال سبب البطلان. ومن ثم يكون بيع عقار الغير رايه صحيحاً قبل أن يسجل، ويبقى صحيحاً حتى بعد تسجيله. هذا وقد سمع التفتين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) كل خلاف في هذه المسألة نص صريح كما قدمنا.

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أمور سبتان فقرة ٤٠١ - الأستاذان سليمان مرقس فقرة ٢٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أرى فقرة ٣٩١ - وهذا هو الرأي الذي قلنا به في عهد التفتين المدني السابق، وأرجزناه في كتاب الإيجار في المبادئ الآتية: وهذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير في مصر لا يزال باطلاً حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث، لأن البيع لا يزال من طبيعته نقل الملكية، إذ هو يولد التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية، وإن كانت لا تنتقل إلا بالتسجيل. وعن ذلك فالتناقص بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجوداً، والنص المنشئ للبلدان (م ٢٣٣/٢٦٤) لم يلغ قانون التسجيل. ومن ثم قلنا ببطلان بيع ملك الغير، سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل. ولا يصح في نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيل العقد باطلاً بعد التسجيل - أنظر الأستاذ الحلالي في البيع فقرة ٣٤٠ - فقرة ٣٤٨ - لأن التسجيل لا زال حتى الآن مجرد الإشهار، وليس من شأنه أن يطلعه على شيء أو يصحح عقداً باطلاً (عقد الإيجار للدولة - فقرة ٧٨ ص ١٠٩ هامش رقم ٣ - وانظر أيضاً طية العقد ٤٤٤ ص ٩٦١ هامش رقم ١).

وأنظر أيضاً في هذا المعنى في عهد التفتين المدني السابق الأستاذ حلمي سبت (البيع ١ ص ١٠٧) أحمد حبيب الحلالي (البيع ١ ص ١٠٧) (م ١/٤٦٦) (م ١/٤٦٦).

ب - أحكام بيع ملك الغير

١٦٠ - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى المالك الحقيقي : بعد أن أصلنا بطلان بيع ملك الغير على النحو المتقدم ، ننقل إلى بيان أحكام هذا البيع : (أولاً) فيما بين المتعاقدين (ثانياً) بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

أولاً - فيما بين المتعاقدين :

١٦١ - المشتري وعده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع : لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع (م ١/٤٦٦ مدني) . وله أن يتمسك بإبطال البيع ، إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق ، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن (١) .

وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي (٢) ، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع . فهو إنما رضى بالبائع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه ، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك ، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي ، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع . وهذه هي المزية الجوهرية في أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، كما سبق القول .

وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال (٣) ، فقد ثبت حقه في إبطال البيع . وينتحم على القاضي أن يحكم له بذلك ، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مادام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بودري وسينيا فقرة ١٤٩ ص ١١١ - بيدان ١ . فقرة ١٠٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٠ - ٥١ كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٨ .

(٣) وسرى أن دعوى الإبطال هي غير دعوى الفسخ وغير دعوى ضمان الاستحقاق .

إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكا . ذلك أن القاضى إنما يرجع
في حكمه إلى وقت رفع الدعوى ، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم
يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع (١) .

وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن
البائع لا يملك المبيع ، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع قبل أن يتسلط
المشتري بالإبطال بإجراء صحيح ، فإن البيع ينتقل صحيحا (١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣
ص ١٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ١٠٨) . وقضت أيضا بأن لبائع أن يثبت
بإقرار المالك الحقيقي لبيع في دعوى الإبطال التي رفعتها المشتري (٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦
م ٣٨ ص ٢٦٥) . وبسبب القضاء المرنس من هذا النوع (أنظر بودرى وسينيا فقرة ١١٩
ص ١١٤ - ص ١١٥ - بلايرون وريبير وبولابجي ٢ فقرة ٢٣٢١ وأحكام القضاء المذكورة
المشار إليها) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن مجرد رجوع المشتري من البيع في بيع ملك
الغير وإعلان البائع بهذا الرجوع (أى ولو قبل رفع الدعوى) قبل صدور الإقرار من المالك
الحقيقي يكتفى لسقوط البيع ، ولو أقر المالك بعد ذلك (٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ -
وانظر أيضا في هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى
فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦) .

وعلى العكس ما تقدم قضت محكمة استئناف مصر بأن إحالة بيع ملك الغير ، إذا تمت بعد
رفع الدعوى وقبل الحكم ، تعتبر قياما من جهة البائع لملك الغير بتنفيذ تهمة وهو نقل الملكية ،
ويصح قبول الاجازة بعد رفع الدعوى متى لم يصب المشتري ضرر من هذا التأخير ، وذلك بناء
على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٢٩
ص ٨٤ - وانظر أيضا في هذا المعنى جيوار فقرة ١٨٩ - دى هنس ، لفظ vente ص ١٤ -
الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٧٩ ص ١٧١) .

ولاشك في أن إبطال البيع بمجرد إعلان المشتري رجوعه فيه وقبل رفع دعوى الإبطال ،
بالرغم من إقرار المالك الحقيقي لبيع أو صيرورة البائع مالكا وذلك قبل رفع الدعوى ، يتعارض
مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدني) . أما قبول إقرار المالك الحقيقي بعد رفع دعوى الإبطال وقبل
صدور الحكم ، أو صيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين ، فقد يتفق مع المبدأ القاضى بتحريم
التعسف في استعمال حق الإبطال ، إذا ظهر أنه لم تعد المشتري مصلحة به ذلك في التمسك
بالإبطال . ونظير ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدني من أنه : ١٥ - ليس لمن وقع في غلط
أن يتسكك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويقبى بالأخص مزمعا بالاعتد
الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

(م ١٩ - الوسيط - ٤)

البيع ، وهذا قياساً على سائر دعاوى الإبطال (١) .

أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع ، لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري (٢) . وهناك رأى وجيه يذهب إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط ، إذا كان مجهول وقت البيع أن المبيع غير مملوك له (٣) .

(١) أنظر من هذا الرأي في الفقه المصري الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٩٦ ص ٥٨١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٠ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٧ - ص ١٨ - وفي الفقه الفرنسي : أوبري ورو . فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢ - بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - ص ٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٨ .

ومع ذلك فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس - ويوافقه الأستاذ محمد كامل مرسى (فقرة ٢٢٣ ص ٤٤٤) - إلى أن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكماً لتقادم خاصاً بهذا الحق ، فتسرى عليه الأحكام العامة . غير أن المادة ١٤٠ التي حددت مدة تقادم دعاوى الإبطال بثلاث سنوات قد هيئت في كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة ، وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية ، ولم تحدد مبدأ مدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير . فيستبين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد ، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بالمدة الأخيرة إلا في الحالات التي حدد فيها مبدأ هذه المدة تالياً لوقت إبرام العقد . أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد ، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة . (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٩ ص ٤٩٩ - ص ٤٥٠) . ونخالف هذا الرأي ، فإن المراد ١٣٨ - ١٤٠ مدني جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القابلة للإبطال أيا كان سبب البطلان ، فيدخل فيها بيع ملك الغير ، ويسقط الحق في إبطال هذا البيع بثلاث سنوات (م ١/١٤٠ مدني) . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني لم تحدد مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى بيع ملك الغير ، فقياساً على الأحوال التي حدد فيها النص مبدأ سريان التقادم - ويستخلص منها أن مبدأ السريان لا يكون إلا عند تمكين صاحب الحق في الإبطال من رفع الدعوى - يجب القول بأن التقادم في حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه إلا من وقت تمكين المشتري من رفع دعوى الإبطال أي من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع . وقياساً أيضاً على الحالات المتقدمة - الغلط والتدليس والإكراه - تسقط دعوى الإبطال أيضاً بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير . وليس صحيحاً أن مدة الثلاث سنوات تبدأ دائماً من وقت تال لإبرام العقد ، فقد تبدأ من وقت إبرام العقد ، كما إذا انقطع الإكراه بمجرد تمام العقد فتتقادم دعوى الإكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت ، وكما إذا كان المشتري في بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فتتقادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صدور البيع (الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨) .

(٢) بيدان ١١ فقرة ١٠٥ .

(٣) ديفرجه ١ فقرة ٢٢٠ - ماركاديه م ١٥٩٩ فقرة ٢ - كولاد وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٨ - الأستاذان ==

١٦٢ - وللشئى أنه يطلب التعويض : ولا يقتصر المشتري على

طلب إبطال البيع ، بل له أيضاً أن يطلب بتعويض ما أصابه من ضرر ، من خسارة لحقت به أو كسب فاته ، بسبب إبطال البيع (١) . ولكن بشرط في ذلك أن يكون حسن النية (٢) ، أى ألا يكون وقت البيع حالماً بأن البائع لا يملك المبيع (٣) . أما إذا كان يعلم ذلك ، فانه يستطيع أن يطلب بإبطال البيع ، ولكنه لا يسترد إلا الثمن دون أى تعويض ، بل دون مصروفات البيع التى أنفقها ،

= أحد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٨٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤١ ص ١٠٠ - بل يذهب بعض الفقهاء إلى أن البائع حتى لو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إلا أن لم يسلمه إلى المشتري ، لأن إيجاب البائع على تسليم المبيع وهو ليس بمالكه فيه إكراه له على أن يمتنع على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) .

على أن طائفة من الفقهاء يذهبون إلى أنه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع ، سواء كان سيئ النية أو حسن النية ، لأن طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشتري ، ولأن التزام البائع بالنهار يتعارض مع إبطاله للبيع ، ولأن البائع حتى لو كان حسن النية مقصر في بيعه شيئاً غير مملوك له : بودرى وسبينا فقرة ١١٩ ص ١١١ - ص ١١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٣٩٩ - وانظر عرضاً لهذه الآراء المختلفة : الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى ص ١٧٥ هامش رقم ٣ .

ولا يجوز للمالك الحقيقي أن يظن في البيع بالإبطال ، إذ أن البطلان لم يقرر لحمايته هو بل لحماية المشتري ، وإنما يرفع دعوى استرداد المبيع من تحت يد حائزته ، ولا يحتاج عليه بالبيع فالباع غير نافذ في حقه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١) .

(١) ويميل الفقه الفرنسي إلى جعل معنى التعويض هنا كداه في شأن الاستحقاق (بيدان ١١ فقرة ١٠٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .

(٣) ويكون حسن النية لو جهل ذلك ، حتى لو كان جهله راجعاً إلى خطأ جسيم و جانبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤١ - بيدان ١١ فقرة ١٠٨) .

ذلك أنه أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع ، فهو الذى يحمل تبعه ذلك (١) .

ولا يشترط في جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع سبيء النية ، أى أن يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له . فحتى لو كان البائع حسن النية ، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع ، لم يمنع ذلك من جواز أن يطالب المشتري بتعويض على النحو المتقدم (٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدنى إذ تقول : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (٣) » .

ومصدر التعويض ، بعد إبطال البيع ، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه ، فقد زال بالإبطال . وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حال سوء نية البائع إلى الخطأ التقصيرى ، وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد

(١) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - أوبرى ورو .
فقرة ٣٥١ هاش ٤٨ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٤٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .
ولكن يجوز للمشتري ، حتى لو كان عالماً وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع ، أن يشترط في عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده للثمن إذا انتزع المالك الحقيقي المبيع من يده (بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٤٠٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٥) - وعلى العكس من ذلك لا يستطيع البائع إخلاء نفسه من المسؤولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ التقصيرى إذ لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢) .

(٢) قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٤٦ مكررة .

(٣) نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢١ - ولكن قارن في عهد التقنين المدنى السابق رأياً يذهب إلى أن البائع حسن نية لا يكون مسئولاً عن التعويض ، استناداً إلى النص الفرنسى للمادة ٢٣٣/٢٦٥ وهو يشترط في التعويض سوء نية البائع (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ - دى هلتس ه لفظ vente فقرة ١٩ - والتون ١ ص ٣٣٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ١٨٦ - فقرة ١٨٨) .

(culpa in contrahendo) (١). كما يجوز القول هنا بتحول العقد ، فتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض ، على أساس أن التبعة المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الإلزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيطل (٢) .

١٦٣ - وللمشتري أنه يجزى البيع - وهو الفسخ وصحاح

الاستحقاق : متى أن المشتري قد لا يطلب إبطال البيع ، بل يجزئه صراحة أو ضمناً (٣) ، فينقلب البيع صحيحاً ، ويبقى منشأاً لالتزامات في جانب البائع والتزامات في جانب المشتري . ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لأن المالك الحقيقي وهو أجنبي عن العقد لا تنتقل منه الملكية إلا برضائه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ مدني إذ تقول : « وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشتري العقد »

وإجازة المشتري للعقد تزيد قابليته للإبطال ، وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين كما قدمنا . فيكون البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه (٤) وبضمان

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٦ ص ٤٤٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨ .

(٢) ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين إن مصدر المسؤولية عن التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعتبر مقصراً إذ باع ما لا يملك ، وإذا كان سيئ النية فصدر المسؤولية هو اختلاسه لملك الغير (stellionat) (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٩) . ويقول فقهاء آخرون بأن مصدر التعويض هو خطأ البائع في أنه باع ما لا يملك ، ولكن مسؤولية البائع ليست مسؤولية تعاقدية لأن العقد قد أبطل ، ولا هي مسؤولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد ، ولكنه خطأ يتقدم العقد (précontractuelle) (بيدان ١١ فقرة ٩٨ ص ٦٧ . ويشير إلى رسالة روبيه ليون سنة ١٩١١) .

(٣) وتستخلص الإجازة الضمنية من تنفيذ المشتري لبيع مختاراً بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع ، كأن يتسلم المبيع أو أن يدفع الثمن (بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢) .
(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٢ - وهناك خلاف في التزام البائع بتسليم المبيع ، فقد قدما أن هناك رأياً يذهب إلى أن البائع أن يدفع دعوى المشتري بالتسليم ولو كان =

الاستحقاق (١) والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع . ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسليم المبيع .

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه ، فان المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع ، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق (٢) .

١٦٤ - ينقلب بيع ملك الغير مسموماً بأيلولته ملكية المبيع الى

البائع : ولا ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً باجازه المشتري فحسب ، بل هو أيضاً ينقلب صحيحاً باقرار المالك الحقيقي كما سنرى ، وينقلب أخيراً صحيحاً

= البائع مسموماً الى حق لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) . وهناك رأى آخر يذهب الى وجوب أن يكون البائع حسن النية ليكون له هذا الدفع ، إذ يستطيع عندئذ أن يضمن في البيع بالغلط (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩) . انظر آنفاً فقرة ١٦١ .

ولكن إذا سلم البائع المبيع الى المشتري ، لم يستطع أن يسترده منه ليطعمه الى المالك الحقيقي ، ذلك أنه يضمن تعرضه للشخص (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٨ ص ٤٤٧) .

(١) والفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع ، أن دعوى الاستحقاق لا يرفعها المشتري إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي فغلا وطالب برد المبيع ، أما دعوى الإبطال فيرفعها المشتري حتى قبل تعرض المالك الحقيقي له . هل أن المشتري بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقي يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ .

(٢) ونقول المذكرة الايضاحية لمشروع التمهيدى : « وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فإن الاستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير . ويتربط على ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكون بالخيار ، إذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق . ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالب به لو اختار إبطال العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٤) .

وتعليل عدم جواز الحكم بتعويض على البائع حسن النية في دعوى الفسخ أن العقد إذا أُجيز ثم فسخ ، انعدم مصدر التعويض على أساس الخطأ في تكوين العقد إذا أن هذا الأساس يفترض أن العقد لم يتكون ، وعلى أساس التصول إذا أن هذا الأساس يفترض أن العقد نشأ باطلاً أو قابلاً للإبطال وبغير ذلك . فلم يبق إلا أساس الخطأ ، وهذا الأساس أيضاً يستبعد إذا كان البائع حسن النية .

إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . وهذا ما تنص عليه صراحة
الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني ، إذ تقول : « وكذلك ينقلب العقد صحيحاً
في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

ذلك أنه إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع - كأن ورث البائع المالك الحقيقي
أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك - وهو يزال ملتزماً بنقل الملكية
لأن المشتري لم يتمسك بعد بإبطال البيع (١) ، فإن هذا الالتزام ينفذ فوراً
ما دام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه ، وهو انعدام الملكية عند البائع ،
قد زال وأصبح البائع مالكا . ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري - بعد التسجيل
في العقار - بمجرد إيلوتها للبائع (٢) . ومتى أصبح المشتري مالكا للمبيع ، لم
يعد هناك محل لإبطال البيع ، لأن الإبطال تقرر لحماية المشتري وقد أصبح الآن
في غير حاجة لهذه الحماية . فينقلب البيع صحيحاً ، وذلك بحكم القانون لا بحكم
الإجازة . ويكون البائع ، بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، ملتزماً

(١) وقد قلنا أنه إذا رفع المشتري دعوى الإبطال قبل إيلولة ملكية المبيع إلى المشتري ،
وجب الحكم بإبطال البيع ولو أصبح المبيع ملكاً للمشتري قبل صدور الحكم النهائي (هوديوسينا
فقرة ١١٩ ص ١١٤ - ص ١١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٢١) . وبينما
أن هناك رأياً يذهب إلى أنه يمكن أن يطلب المشتري إبطال البيع بأية طريقة ولو بمجرد كتاب ،
دون حاجة إلى رفع دعوى الإبطال ، حتى يتمتع تصحيح العقد ولو آلت ملكية المبيع إلى البائع
قبل رفع دعوى الإبطال (بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل
مرسي فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦) . وقلنا إن هذا رأى يتعارض مع النص الصريح (٤٦٧ مدني) .
وذكرنا أن هناك رأياً آخر يذهب ، على العكس من الرأي المتقدم ، إلى أن البيع يصح بإيلولة
ملكية المبيع إلى البائع ، حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الإبطال ما دام قد تم قبل صدور الحكم
للتبائ (جيوار فقرة ١٨٩ - دي هلتس : لفظ vente فقرة ١٤) ، وأستأ هذا على المبدأ
لقاضي بحريم النصف في استمال حق الإبطال . وانظر أيضاً الأستاذين أحد نجيب الهلال
وحامد زكي فقرة ١٧٩ ص ١٧١ ، ولكنهما فيما يتعلق بإقرار المالك الحقيقي لبيع يلعبان إلى
أن البيع لا يصح إلا إذا صدر الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال (أنظر فقرة ١٨١) -
أنظر في كل ذلك ما قدمناه آنفاً فقرة ١٦١ و الهامش .

(٢) وينتقل المبيع إلى المشتري عملاً بالحقوق التي رتبها عليه المالك الحقيقي قبل أن تنتقل الملكية
منه إلى البائع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٠ - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٤
ص ٤٤٧ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٩ - - الأستاذان أحمد نجيب
الهلال وحامد زكي فقرة ١٧٩) .

بتسليمه إياه وبضمان الاستحقاق لسبب آخر وبضمان العيوب الخفية . ويكون المشتري من جهته ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسليم المبيع (١) .

ثانياً - بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

١٦٥ - إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع : وسواء أجاز المشتري البيع أو لم يجزه ، فإن المالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع ، فلا يسرى في حقه كما قدمنا . ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع ، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع فانقلب صحيحاً . ويترتب على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق ، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض .

يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع كما قدمنا ، فيسترده من تحت يده . بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان مبيعاً نية . أما إذا كان حسن النية ، فلا يرجع عليه بتعويض ، بل لا يرجع عليه بالثمار فإن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة . ويرجع المشتري من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . على أن المشتري قد يملك المبيع ، لا بعقد البيع ، ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فهو إذا كان حسن النية ، يكسب المنقول بالحيازة ، ويكسب العقار بالتقادم القصير . وإذا كان مبيعاً نية ،

(١) وقد قدمنا أن المشتري قد يكسب الملكية ، لا عن طريق أيلولتها إلى البائع ، بل عن طريق التقادم أو الحيازة في المنقول ، فيصح البيع في هذه الحالة بعد زوال السبب الذي كان يدعو إلى إبطاله . وذكرنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يازم بالتسليم بوضع اليد فقد لا يقره ضميمه بل ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٥٤ في الهامش) - وقد يكون البائع قد سبق له التصرف فيما باعه ثم استرد ملكيته ، فيصبح مالكا ويصح البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري بأن البائع له ، وإن كان قد سبق أن تصرف في القدر المبيع ، إلا أنه قد استرد ملكيته بدوله من المقد الذي كان تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجازاه من كان حصل له التصرف أولاً ، فيجب حل المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتفصل فيه بناء على أدلة متجة لحكمها (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٧ ص ٤٠٣) .

يكسب كلا من المنقول والمقار بالتقادم الطويل . فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم ، لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترده منه (١) .

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض . يرجع عليه بالتعويض إذا ملك المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقادم كما قدمنا ، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقده للمبيع . وكذلك يرجع عليه بالتعويض حتى لو لم يكسب المشتري ملكية المبيع ، ولكن ملك الثمار وهو حسن النية بموجب الحيازة ، فيتقاضى المالك الحقيقي من البائع قيمة هذه الثمار (٢) . ويرجع عليه بالتعويض أخيراً حتى لو لم يملك المشتري المبيع ولا الثمار ، يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده . ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع ، فقد تسبب في الإضرار بالمالك الحقيقي ببيعه شيئاً مملوكاً لهذا الأخير ، لاسيما إذا كان البائع سيء النية فإنه يكون في هذه الحالة مغتصباً . ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن النية ، فإن حسن النية لا يثنى أن يكون هناك خطأ في جانبه لعدم تحرزه في بيع مالا يملكه (٣) . لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أى خطأ ، كأن وجد المبيع مثلاً في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه ، لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض .

١٦٦ - إذا أقر المالك الحقيقي البيع : وقد بقر المالك الحقيقي البيع

بالرغم من أنه أجنبي عنه ، وهذه خصوصية في بيع ملك الغير كما قدمنا . وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري ، إذ زال العائق

(١) بودرى وسهنا فقرة ١٢٥ - وانظر آنفاً فقرة ١٥٤ في الهامش وفترة ١٦٤ في الهامش .

(٢) استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٣٨ .

(٣) فيكون البائع بالرغم من حسن نية معرضاً لدعوى تعويض يرفعها عليه البائع ، ودعوى تعويض أخرى يرفعها عليه المشتري كما سبق القول . ودعوى التعويض التي يرجع بها المالك الحقيقي على البائع لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها من وقت وضع البائع يده على المبيع ، بل من وقت البيع الذي صدر عنه لمشتري فهو سبب التعويض . وتقدر قيمة الشيء وقت وجوب رده للمالك الحقيقي لا وقت البيع (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٢) .

الذى كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع . ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار في بيع عقار الغير . ومنى انتقلت الملكية إلى المشتري ، فقد انقضى البيع الذى من أجله جعل المشرع البيع قابلاً للإبطال ، فينقلب صحيحاً إقرار المالك الحقيقي (ratification) كما رأينا ، ينقلب صحيحاً بإجازة المشتري (confirmation) . بل إن الإقرار أبعد أثراً من الإجازة ، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين ، بل يجعل العقد فوق ذلك سارياً في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية إلى المشتري (١) . وهذا ما ننص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ مدنى ، إذ تقول : « إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري » (٢) .

وينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري من وقت صدوره ، أى أن لإقرار المالك الحقيقي كما لإجازة المشتري في هذا الشأن أثر أرجحياً . ويسرى العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار ، فلا تنتقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير . ويترتب على ذلك أنه إذا كان المالك السابق قد رتب حقاً عينياً على المبيع قبل إقراره للبيع ، انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذا الحق ، وجاز للمشتري أن يرجع على البائع بضمان مستحقاق الجزئى (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموع أعمال تحضيرية : ص ١٩٣ .
(٢) استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - وقد قضت محكمة النقض بأن توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره يبيع ملكه هو باعتباره ضامناً متضامناً مع البائع يعتبر إقراراً للبيع ، وليس من الضروري أن يرد الإقرار في صيغة إقرار صريح ونفس مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١١ ص ٤٣٣ - أنظر أيضاً نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣١ ص ١٠٦ . ولا يكون إقرار المالك الحقيقي لبيع إقراراً ضامناً بمجرد قبضه للنس ، بل لا بد أيضاً أن يعرف أن هذا هو ثمن ماله المبيع (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢) ، ونقض محكمة الاستئناف المختصة بأن وكيل المسجون لا يجوز له أن يبيع ماله والموكل محجور طه أثناء تنفيذ الحكم ، فإذا باءه كان البيع مع ملك للغير ، ويقبل إقرار المسجون بعد تنفيذه مدة المنعوبة وذلك المحرر عنه (٢ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٦) .

(٣) بردى وسيتيا فقرة ١٢٥ - بلانيرل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٥ ص ٥٤ هاشم .
وص ٥٥ - بيدان ١١ فقرة ١٠٧ - الأ-اذ أنور سلطان فقرة ٤٠٨ - الأ-ناذ سليمان مرقص

وإذا ما انقلب الخلد صحيحاً باقرار المالك الحقيقى ، بنى مرتباً لالتزاماته .
فيكون البائع ملتزماً بنقل الملكية وقد انتقلت فعلاً باقرار المالك . ويكون ملتزماً
كذلك بضمان الاستحقاق كما إذا كان المالك قد رتب حقاً عينياً على البيع قبل
إقراره لبيع ، وملتزماً بضمان العيوب الخفية . أما المشتري فيكون ملتزماً بدفع
الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع (١) .

٥٢ - بيع المال الشائع

١٦٧ - صور مختلفة : إذا ملك اثنان أو أكثر مالا بخصص معينة
من غير أن تفرز حصة كل منهم ، فالمال مشاع ، وهم شركاء في الشيوع
(م ٨٢٥ مدنى) . ويملك كل شريك في الشيوع حصته الشائعة ملكاً تاماً ، وله
أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزة . ويتخذ التصرف في المال المشاع صوراً
متعددة ، نقف عند ثلاث منها :

(١) ويقول الأستاذ سليمان مرقس : « إن إقرار المالك بعد اعتياده لالتزامه به البائع ،
فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار منه بكل ما للزم به البائع ، أى أنه يحل
في عقد البيع ابتداء من هذا التاريخ محل البائع ، وتقوم العلاقة بين وبين المشتري مباشرة .
فيجوز للمالك أن يطالب المشتري بالثمن وأن يعرض عليه تسليم المبيع ، ويجوز للمشتري أن يطالب
المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء . ويترتب
على إقرار المالك أيضاً أن تبرأ ذمة البائع من الالتزامات التي أنشأها عقد البيع ، لأن هذه الالتزامات
تنتقل كما تقدم إلى ذمة المالك . غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئاً من الثمن ، عليه أن يؤدي
منه إلى المالك حساباً ، وأن يدفع إليه وصيد هذا الحساب كما لو كان وكيله في عقد البيع .
(الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٢ - وانظر أيضاً الأستاذ جيل الشرفاوى فقرة ٤٠ ص ٩٧) .
ومقتضى هذا الرأي أن إقرار المالك لبيع يجعل البائع في حكم النائب عنه ، فيصرف أثر العقد
إلى المالك بعد أن كان منصرفاً إلى البائع ، وذلك بأثر رجعى من وقت البيع - لا من وقت
الإقرار إلا في حقوق الغير - ويصح القول هنا إن الإجازة للاسحق كالوكالة السابقة
(دئ باج ٤ فقرة ٢٢ ص ٦٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠١ ص ٥٨٦) .
أو يقال إن المشتري ، في حالة إقرار المالك ، يكون له مدنيان بالتضام (in solidum) ،
البائع والمالك ، ويكون هذان كذلك دائنين بالتضام للمشتري (قارن الأستاذ منصور مصطفى
منصور فقرة ١١٢ ص ٢٤٦) .

١ - فتارة يتصرف الشريك في حصته كما هي شائعة ، فيبيعها مثلاً من شخص آخر ، شريك أو غير شريك . وهذه الصورة لا تثير إشكالا ، وهي الصورة الغالبة في التصرف في المال الشائع (١) . وزجىء الكلام في تفصيلاتها ، فكانه الملكية الشائعة . وبلاحظ أن صاحب الحصة الشائعة المنقولة إذا باعها من أجنبي بطريق الممارسة ، كان لشركائه في هذا المنقول الشائع أن يستردوا الحصة المبيعة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع أو من تاريخ إعلانهم به (م ٨٢٣ مدني) . أما في العقار فللشركاء الأخذ بالشفعة ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

٢ - وتارة يتصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع الذي لا يملك إلا حصة فيه . ونبحث هذه الصورة هنا في إيجاز ، مرجئين التفصيل إلى حين الكلام في الملكية الشائعة في الجزء الخاص بحق الملكية .

٣ - وأخيراً قد يتصرف الشركاء جميعاً في المال الشائع عن طريق بيع التصفية (licitation) لعدم إمكان قسمة المال عيناً، ونبحث هذه الصورة أيضاً في إيجاز .

١ - بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع أو كل المال الشائع

١٦٨ - بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع : إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فانه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء . ويجب لبيان الحكم في هذا الفرض أن نميز بين حالتين : فاما أن يكون المشتري عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي يبيعه وإنما يملك حصة فيه على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك ويعتقد بحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المفرزة التي باعها .

(١) ويختلف المشتري البائع في حصته الشائعة ، وتصبح له جميع الحقوق التي للبائع ، ويدخل في ذلك الحق في طلب القسمة وما يترتب على الأمر الكاشف (بودرى وسينيا فقرة ١٢١ ص ١١٧)

ففي الحالة الأولى يكون المبرور أن المشتري قد اشترى من البائع الجزء المبرور أو ما يملح عمله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة . فإن وقع الجزء المبرور عند القسمة في نصيب البائع فقد خلص للمشتري ، وإن لم يقع تحول حق المشتري بحكم الحلول العيني من الجزء المبرور المبيع إلى الجزء المبرور الذي وقع فعلاً في نصيب البائع (١) . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في التقنين المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ ، إذ نقول : « وإذا كان التصرف منصفاً على جزء مبرور من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . ومن ثم لا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع ، حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير (٢) . بل يجب أن يبرهن حتى يبرهن هل يقع عند القسمة الجزء المبرور المبيع في نصيب البائع ، فإن وقع فقد أصبح مالكاً له خلفاً عن البائع ، ومنذ البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة . وإلا فقد ملك الجزء المبرور الذي وقع معه في نصيب البائع بفضل الحلول العيني الذي نصت عليه المادة ٨٢٦ مدني ٢٠١٠ .

(١) استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢١ (بيع بالمزاد الجبري)
(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٧ ص ٤٧١ — ص ٤٧٢ — وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع . فت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن المشتري ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المبرور الذي يبيعه ، يكون قد ارتضى شراء ما يتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٤ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ — وانظر في عهد التقنين المدني السابق : استئناف وطني ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ شك التبر ١ رقم ٤٠٨ ص ٢٤٩ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٨٧ — استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٤ — ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٤ (البيع صحيح إذا أقره باقي الشركاء) — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ — وانظر عكس ذلك في أن البيع باطل بطلانا مطلقاً : استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٣٤ ص ١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكاً على الشريك ، أن =

وفي الحالة الثانية ، إذا كان المشتري يجهل أن البائع لا يملك إلا في الشيوع ، فقد وقع في غلط جوهرى متعلق بالعين المبيعة ، إذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك . فيكون البيع في حصة الشريك البائع بيعاً مشوباً بغلط جوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير ، ومن ثم يكون قابلاً للإبطال في كل المبيع . ويجوز إذن للمشتري ، قبل القسمة ، طلب إبطال البيع ، لافى حصص الشركاء الآخرين فحسب ، بل أيضاً في حصة الشريك البائع . وهذا مانتص عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى ، إذ نقول : « وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » (١) . ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن

= بيع ملكه محدداً مفرزاً . وحالة التحديد هذه ، وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع ، إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدنى السابق بأن التراج والمهاكم اختلفوا رأياً في حكم المبيع المفروز من مالك على الشيوع ، وتوى المحكمة الأخذ بالرأى القائل بإبطال البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالماً بحالة الشيوع . ذلك لأن المفروض فيمن يشتري شيئاً محدداً أن ينتفع بها فوراً بغير منازع ، فجعل البيع موقوفاً على نتيجة القسمة فيه تعليق الملكية من أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها وتستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة ، وليس من العدل تحميل المشتري بها (١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١) .

ولا يوجد في التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى . ومن ثم لا يميز القضاء الفرنسى بين المشتري الذى يعلم بأن البائع لا يملك إلا حصة شائعة والمشتري الذى يعتقد أن البائع يملك المبيع دون شريك ، ففي الحالتين يكون بيع الجزء المفروز قابلاً للإبطال ، لا موقوفاً على شرط هو نتيجة القسمة ، إذ لا يجوز الخلط بين الأثر الكاشف للقسمة والأثر الرجعى للشرط . ويستطيع المشتري أن يطلب إبطال البيع قبل القسمة ، ولا يستطيع البائع ذلك ، وفقاً لأحكام بيع ملك الغير . وكذلك يستطيع الشريك في الشيوع غير البائع استرداد حصته الشائعة فيما باعه شريكه . فإذا رفع المشتري دعوى الإبطال ، جاز له أن يطلب إبطال البيع في كل المبيع إذا أثبت أنه لم يكن ليشتري حصة البائع وحده ، وذلك كما في الاستحقاق الجزئى (بيدان ١١ فقرة ١١٠ — فقرة ١١١) . وانظر أيضاً في القانون الفرنسى بودوى وسينيا فقرة ١٢١ . (ويذهبان إلى أن البيع يكون موقوفاً على نتيجة القسمة في الحالتين) - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥١ — أنسيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٦ .

يطلب المشتري إبطال البيع ، فوقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع ، اعتبر أنه مالك له وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقصة ، فخلصت ملكيته للمشتري ، وانقلب البيع صحيحاً ، فلم يعد للمشتري الحق في طلب إبطال البيع . وإذا كان بيع ملك الغير ينقلب صحيحاً بصيرورة البائع مالِكاً للمبيع بعد البيع ، فأولى أن ينقلب البيع في الحالة التي نحن بصددنا صحيحاً وقد اعتبر البائع مالِكاً للمبيع وقت البيع . أما إذا لم يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع ، فإن المشتري يستبقى حقه في طلب إبطال البيع ، ولا يجبر على أخذ الجزء المفروز الذي وقع فعلاً في نصيب البائع ، لأن الحلول المعنى وقتاً للمادة ٨٢٦ مدني لا يكون إلا حيث يعلم المشتري وقت البيع أن البائع لا يملك في الجزء المفروز إلا حصة في الشيوع (١) .

١٦٩ - بيع الشريك كل المال الشائع : وإذا باع الشريك كل

المال الشائع ، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير (٢) .

فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . فإن وقع جزء مفروز من المال المبيع في نصيب البائع عند القصة ،

(١) والمشتري بطبيعة الحال أن يميز البيع ، فيأخذ الجزء المفروز الذي وقع في نصيب البائع بدلاً من الجزء المفروز المبيع . وليس هذا تحولاً لعقد باطل ، بل هو إجازة لعقد قابل للإبطال (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٧) .

وهذا كله مفروض فيه أن المبيع جزء مفروز . أما إذا باع الشريك جزءاً شائعاً مجازاً فيه نصيبه في الشيوع ، فالبيع غير نافذ منذ البداية فيما جاوز نصيبه . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن الشريك الذي يملك شيئاً للعقد الذي باعه مفروزاً لا يقبل منه ولا من شركاته الإدماء بعدم نفاذ البيع في حصصهم مادامت القصة لم تقع ولم يقع البيع في نصيبهم — هذا القول غلط أن يكون المبيع جزءاً مفروزاً معيّنًا من الأموال الشائعة . أما إذا كان المبيع غير مفروز ، وتجاوز البائع مقدار نصيبه الشائع ، فلا يقبل هذا القول (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٧ ص ٩٢) . وإنظر في حالة ما إذا كان الجزء المبيع المفروز أنيل أو أكثر من قيمة الحصة الشائعة (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٥ .

كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما في فسخ البيع لتفريق الصفقة . وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كما حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشتري حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب آخر من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة .

١٧٠ - أثر البيع في مفروض باقي الشركاء : سواء وقع البيع على جزء

مفر من المال الشائع أو على كل المال الشائع ، فإن الشركاء الآخرين - غير الشريك البائع - يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المفروض أو حصصهم الشائعة في كل المال الشائع . وينفذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة ، فيحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ، ويصبح شريكاً في الشروع مع سائر الشركاء . فليس لشريك من هؤلاء أن يمرض للمشتري في حصته الشائعة ، ولا أن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها . وإنما يستحق الشريك الجزء المفروض أو المال الشائع إذا وقع في نصيبه عند القسمة ، بفضل الأثر الكاشف لها (١) . وعلى العكس من ذلك

(١) وقد قضت محكمة النقض في عهد التفريق المدنى السابق بأنه إن اختلف الفقهاء والقضاء في حكم بيع الشريك جزءاً مفروضاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً في حصة البائع من وباطلا في حصص شركائه أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فزعموا وقوع اختلافهم هذا في تقرير حكم العقد بين عاقديه . فن ذهب إلى اعتباره باطلاً بطلاناً عاماً للمشتري حتى إبطاله من يرمى العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه ، ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشتري سبيلاً على البائع إلا عند خروج المبيع من حصة بائعه بالقسمة . أما في تقرير حكم العقد في علاقة المشتري مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه - سواء أكان هذا المدعى شريكاً في المال المشاع أم مطلقاً ملكه من شريك فيه هل المشاع - فلا خلاف في أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق في البيع إلا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري . وإذن فكل ادعاء من قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه ، خليفاً بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت أيضاً بأن للشريك في الشروع في التركة أن يبيع حصته محددة ، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع مادام أن التركة لم تقسم قسمة إفراد (نقض مدنى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام =

مخلص للمشتري الجزء المبرز أو المال الشائع إذا وقع في نصيب الباقي عند القسمة ،
أو إذا أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة (١) .

ب - بيع التصفية

(licitation)

١٧١ - متى يكون بيع التصفية : إذا كان هناك شركاء على الشيوع
في مال شائع ، وأراد أحد الشركاء القسمة ، ولم تمكن قسمة المال عيناً ، يبيع

== النفذ ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١) . وقضت كذلك بأن ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا
على الشيوع ، أن يبيع ملكه محمداً مبرزاً ، وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو حلقة
على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على البيع ، إلا أن هذا كله لا يبطئ عقد البيع .
وبتسجيل المشتري لعقده تنتقل الملكية إليه ، ويصبح شريكاً لباقي الشركاء نجب محاسنت
في دعوى القسمة إن لم يجر هؤلاء الباقيون من الشركة عقده . وعلى ذلك فإنه ليس المستحق -
سواء أكان شريكاً على الشيوع أم متلفياً ملكه من شريك على الشيوع - أن يدمى الاستحقاق
في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب الباقي لذلك المشتري . وهذا الذي
استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي
في المادة ٦٢٨ منه (نفذ مدني ٢٨ يولييه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النفذ ٧ رقم ١٠٧
ص ٧٦٠ . وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨١ -
استئناف أسيوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٧٣ - ولكن قارن
استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩٤) .

(١) نفذ مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ الهامة ٧٧ رقم ٣٦٢ ص ٨٦٦ - الأستاذ أنور
سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ - وإذا كان المشتري حسن النية يعتقد أن الشريك الباقي يملك وحده
المبيع دون شريك ، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سبباً صحيحاً ؛ فإذا حاز المبيع خمس سنوات
ملكه بالتقادم القصير حتى فيما يتعلق بمحصول الشركاء الآخرين ، ولم يمد هؤلاء الحق في استرداد
حصصهم من تحت يده (نفذ مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة مصر رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ -
الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هاشم رقم ١ - الأستاذ سليمان مرقس رقم ٢٨٨
ص ٤٧٣) .

وقبل القسمة يملك بقية الشركاء مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال
المبيع بعد أن أصبح مملوكاً لهم والمشتري على الشيوع (استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠
الهامة ٤٢ رقم ٣١ ص ٤٦) - ولم أن يطالبوه بالقسمة ، فإذا تمت القسمة اختص كل منهم
ما يقع في نصيبه (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣) .

(م ٢٠ - الوسيط ج ٤)

للمال ليقسم الشركاء الثمن بنسبة حصصهم وذلك لتصفية الشبوع ، ومن أجل هذا سمي هذا البيع بيع التصفية . وقد يشترى المال الشائع أجنبي فيدفع كل الثمن ، وقد يشتره أحد الشركاء فيدفع الثمن بعد استئصال نصيبه فيه بقدر حصته . وزى من ذلك أن يبيع التصفية لا يكون إلا إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون هناك حق في الشبوع ، كحق ملكية شائع أو حق انتفاع شائع ، فإذا ملك الشيء الواحد أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك أو عدة متضمنين على الشبوع ، جاز بيع التصفية (١) . ولا هبة بسبب الشبوع ، فقد يكون الميراث كما هو الغالب ، وقد يكون سبباً آخر كما إذا اشترى عدة أشخاص داراً على الشبوع فيما بينهم أو كان الشبوع سببه في الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية . ويجب أن تكون حقوق المشتاعين من طبيعة واحدة ، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية أو شركاء في حق انتفاع . أما إذا وجد من يملك الرقبة ومعه من يملك حق الانتفاع ، فهذان لا يجوز بينهما القسمة ولا يبيع التصفية ، لأن الرقبة غير حق الانتفاع . فإذا وجد ملاك شائعون للرقبة ، وكان حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة في يد أحد ملاك الرقبة أو في يد أجنبي ، جاز بيع التصفية في الرقبة لأنها شائعة ، ولا يجوز في حق الانتفاع لأنه غير شائع (٢) . وكذلك إذا كانت الرقبة في يد مالك واحد ، وكان حق الانتفاع لعدة متضمنين على الشبوع ، جاز بيع التصفية في حق الانتفاع دون الرقبة . أما إذا كانت الرقبة

(١) ويصح أن يكون الشيء المملوك على الشبوع حقاً شخصياً ، كحق المشاجر وحق المزرع له بالبيع ، فإذا تعدد أصحاب هذه الحقوق وكانوا في الشبوع ، أو تركوا ورثة متعددين ، يبيع الحق الشخصي بيع تصفية . كما يجوز بيع للبهون التي لقرعة بيع تصفية ، ويقع ذلك غالباً إذا كانت هذه البهون مشكوكاً في صحتها أو مشكوكاً في ملادة مدينتها (بررى وسبينا لفرقة ٧٢٢ ص ٧٦٦ - ص ٧٦٧) .

(٢) فيبقى حق الانتفاع قائماً على العين كلها إذا بيعت بيع تصفية ، أو قائماً على الأجزاء المفترزة إذا حصلت القسمة منها . وهناك رأي يذهب إلى جواز بيع العين كلها - رقبة ومنفعة - بيع تصفية ، ويكون المنتفع حق الانتفاع على الثمن . ولكن هذا الرأي غير سليم ، لأن المنتفع لا يبيع على التحول من الانتفاع بالعين إلى الانتفاع بالثمن ما دام حقه غير شائع وليس هناك محل لقسمة هذا الحق ولا لبيع التصفية فيه (ديولوب ١٥ لفرقة ٤٩٠ - جوار ٢ لفرقة ٧٢١ - لوبري ورو ٢ لفرقة ٢٢٦ - بررى وسبينا لفرقة ٧٢٨ ص ٧٦١) .

مملوكة للملاك متعددين في الشروع ، وكذلك حق الانتفاع ثابت لمستعدين متعددين في الشروع ، جاز بيع التصفية في الرقبة منفصلة عن حق الانتفاع ، وبيع التصفية في حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة ، فلا يتلزم الحقان في بيع التصفية .

(الشرط الثاني) أن يكون المال الشائع لا يمكن قسمته عيناً بغير ضرر . وتنص المادة ٨٤١ ملق في هذا الصدد على أنه « إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريق المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع » . وتنص المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات على أن « العقار المملوك على الشروع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجري بيعه بطريق المزايدة . . . » . فإذا أمكنت قسمة المال عيناً دون ضرر ، لم يكن هناك محل لبيع التصفية ، بل يقسم المال أجزاء مفرزة طبقاً للإجراءات المقررة في قسمة المال الشائع . أما إذا لم تمكن قسمة المال عيناً لأن طبيعته تستعصى على هذه القسمة كالسيارة والفرس ، أو أمكنت القسمة ولكن بضرر يعود على المال المقسوم إذ تنقص قيمته نقصاً كبيراً كالمصنع والمبنى ، جاز الالتجاء إلى بيع التصفية (١) .

١٧٢ - إجراءات بيع التصفية : إذا اتفق الشركاء جميعاً ، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية ، على إجراء بيع التصفية بالممارسة أو بالمزاد بطريقة يرسمون إجراءاتها ، جاز ذلك ووجب اتباع ما اتفقوا عليه . ونقول المادة ٨٣٥ ملق ، في هذا الصدد « للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون » .

(١) فن قيل بيع التصفية ما جاء في المادة ٩٠٦ ملق من أنه « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري لما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه هرت لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاستغلال به . ومن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ، ويستنزل من نصيب الوراث في التركة . فإذا تساوت قدرة الورثة على الاستغلال بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أهل قيمة بحيث لا تنقل من ثمن المثل » .

أما إذا لم يتفق الشركاء جميعاً على طريقة معينة ، أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فإنه لا يمكن إجراء بيع التصفية إلا طبقاً للإجراءات المقررة في تقنين المرافعات . وقد رأينا أن المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات تنص على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من بعينه التعجيل من الشركاء » (١) .

وخلص مما قدمناه أنه إذا لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، جاز لهم أن يتفقوا جميعاً على أن تقتصر المزايدة على الشركاء ، فلا يدخل أجنبي في المزاد ، ورسو المال على الشريك الذي يقدم أكبر عطاء (٢) .

١٧٣ - الأسهم التي ترتب على بيع التصفية : تختلف هذه الآثار اختلافاً جوهرياً بحسب ما إذا كان مشتري المال الشائع أو من رسا عليه المزاد فيه هو أحد الشركاء ، أو كان أجنبياً . ففي الحالة الأولى يعتبر بيع التصفية قسمة محضة ، وقد وقع المال الشائع كله في نصيب الشريك الذي اشتراه . فان زادت حصته في جميع الأموال الشائعة على الثمن الذي اشترى به ، أخذ الباقي من أموال

(١) وتنص المادة ٧١٩ مرافعات على أن « تشتمل قائمة شروط البيع فضلاً عن البيانات المذكورة في المادة ٧١٣ على بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم ، كما يرفق بها فضلاً عن الأوراق المذكورة في المادة ٧١٤ صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع » . وتنص المادة ٧٢٠ مرافعات على أن « ينجز قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع الدائنين المذكورين في المادة ٧١٥ وجميع الشركاء » . وتنص المادة ٧٢١ مرافعات على أن « لكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة » . وتنص المادة ٧٢٣ مرافعات على أن « تطبق على بيع العقار لعدم إمكان قسمته وعلى بيعه اختياراً الأحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب ، فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع » . والأحكام المشار إليها في النص تقضي بأن تكون إجراءات البيع هي نفس إجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين (م ٧١٧ مرافعات) .

(٢) وتقضي المادة ١٦٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأن الأصل ألا يدخل في المزايدة غير الشركاء ، فلا يدخل أجنبي ، ما لم يطلب ذلك أحد الشركاء أو ما لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية : (أنظر في هذه المسألة بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٤) .

أخرى شائعة بعد قسمتها ، أو من طريق معدل (soulte) للقسمه . وإن زاد الثمن على حصة الشريك ، دفع هذا للشركاء الآخرين معدلاً للقسمه . أما في الحالة الثانية فيعتبر بيع التصفية بيعاً عادياً صادراً من جميع الشركاء للمشتري ، ونجربى أحكام البيع في العلاقة ما بينهم وبين المشتري (١) .

ومما يترتب على هذا الاختلاف في الحكم ما يأتي : (١) بتقاضى على التسجيل رسم البيع ، ويكون ضرورياً لنقل الملكية حتى فيما المتعاقدين ، إذا كان المشتري أجنبياً . ويتقاضى عليه رسم القسمه ، ولا يكون ضرورياً لنقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير ، إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٢) التصرفات التي صدرت من الشركاء في المال الشائع تبقى إذا كان المشتري أجنبياً ، وزول إذا كان المشتري أحد الشركاء وذلك فيما عدا التصرفات التي صدرت من هذا الشريك . (٣) الثمن يكون مضموناً بامتياز البائع إذا كان المشتري أجنبياً ، وبامتياز المتقاسم إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٤) تسرى أحكام الغبن في البيع أو في القسمه ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء . (٥) تسرى أحكام ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية في البيع أو في القسمه ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء (٢) .

٣٥ - بيع المريض مرض الموت

١٧٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة ، داخله فيها المبيع ذاته .

(١) أما في اقتسام الثمن ما بين الشركاء ، فنجربى أحكام القسمه . وانظر في حقوق الغير المكتسبة على المال الشائع بالنسبة إلى هذا الثمن بودرى وسبينا فقرة ٧٤٧ .
(٢) انظر في فروق أخرى تترتب على هذا الاختلاف في الحكم بودرى وسبينا فقرة ٧٤٣ - فقرة ٧٤٦ .

٢ - أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما ينو بتكملة الثلثين .

٣ - ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ .

وتنص المادة ٤٧٨ على ما يأتي :

ولا تسرى أحكام المادة السابقة إضاراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٥٤ - ٢٥٦ مكررة / ٣٢٠ - ٣٢٣ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٧ : ورد هذا النص في المادتين ٦٤٣ و ٦٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يميز بين التصرف للوارث والتصرف لغير الوارث ، حيث كانت الوصية للوارث غير جائزة في ذلك الوقت ، ثم أجازت بعد ذلك . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح لا يميز بين التصرف للوارث والتصرف لغير وارث ، وصار - مع عبارة أضافتها لجنة مجلس الشيوخ - مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم ٥٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة : فيما يجاوز الثلث ، حتى لا تقوم شبهة في أن بيع المريض إذا جاوز ثلث التركة لا يسرى في كل المبيع مع أن الواجب ألا يقف سريانه إلا بالنسبة إلى الزيادة فقط . ولوحظ في هذه اللجنة أن المشرع لم يضع لمرض الموت تعريفاً وضوابط ، فرد على ذلك بأن هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية ومردده ظهور حق آخر رتبة عند قرب أفول حياة المريض وليس انعدام رضائه . ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم ٥٧٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٩ - ص ٢١٩) .

م ٤٧٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ولكن بغير اشتراط العوض في الكسب بحسب نية . واشترط العوض في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٥٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٩ و ص ٢٢١ - ص ٢٢٢) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٥٤/٣٢٠ : لا ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو في حالة مرض الموت لأحد ورثته ، إلا إذا أجازة باقي الورثة . م ٣٢١/٢٥٥ : يجوز الطعن =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين للمنفى السورى

= في البيع الحاصل في مرض الموت لغير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع . م ٢٠٩/٢٢٢ : فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ، ألزم المشتري ، بناء على طلب الورثة ، إما بفسخ البيع ، أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلث مال المتوفى وقت البيع ، والمشتري المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين . م ٢٠٩ مكررة أهل : أحكام المادتين السابقتين لا تنص في جميع الأحوال بمحقوق أرباب الرهن على المبيع ، ولا بمحقوق من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بغير متى كانوا أحسن النية .

م ٢٢٣ مخطط : أحكام المادتين السابقتين لا تكون مرعية إلا في حق البائع الذي يحكم في أهليته الشحمية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية . وفي جميع الأحوال لا تنص أحكام المادتين المذكورتين بمحقوق أرباب الرهن على المبيع ، ولا بمحقوق من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بغير متى كانوا أحسن النية .

[ويلاحظ على فصوص التقنين المنفى السابق ما يأتي : (١) أنها كانت تميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث ، إذ كانت الوصية لوارث وقت ذاك لا تجوز . أما التقنين الجديد ، فلا محل فيه لهذا التمييز منذ أصبحت الوصية لوارث جائزة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢١) - (٢) أنها تصرح بعدم صريحتها على أجنبي حيث يجب تطبيق قانون أحواله الشخصية ، وذلك لأن أحكام المريض مأخوذة من الشريعة الإسلامية وتتنقل بانتقال أموال المورث إلى الوراث وحقوق الوارث على هذه الأموال في مرض الموت ، فإذا كان هناك أجنبي لا تسرى في شأن ميراثه الشريعة الإسلامية وجب ألا تسرى أيضاً هذه النصوص في شأنه : قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ - وقد يؤخذ مما جاء فيها أن أحكام البيع في مرض الموت تسرى على الجميع مصريين أو أجانب . ولكن الظاهر أن المذكرة الإيضاحية أرادت القول بأن هذه الأحكام تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين ، بدليل إشارتها إلى المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيدى التي أصبحت المادة ٩١٥ من التقنين الجديد والتي جاء فيها : تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ، وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى : « تسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقنيات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع . . ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين » . أما الأجانب فإن وصاياهم تبقى خاضعة من حيث الموضوع لقانون الموصى (١٧ م مدني) : انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٣ . الأستاذ محمد كامل مرقس فقرة ٢٦٤ ص ٥٠١ - ص ٥٠٢ - الأستاذ عبد المنعم ليدراوى فقرة ٤٢٤ - (٣) وردت أخطاء مادية وقانونية في هذه النصوص صححها القضاء في عهد التقنين المنفى السابق . وهذه الأخطاء هي : أولاً - خطأ مادي عندما عرضت المادة ٢٠٩ مكررة / ٢٢٣ لأحكام النصوص السابقة عليها لتفيد من أثرها ، فاقترعت على ذكر « المادتين السابقتين » ، وكان الواجب أن تقول « المواد الثلاث السابقة » . ثانياً - ذكرت النصوص قيمة المبيع ، والصحيح شرعاً المقدار الهابط به فقط . ثالثاً - ذكرت النصوص أنه ينظر في تقدير التركة إلى وقت البيع : والصحيح =

للمادتين ٤٤٥-٤٤٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٦٦-٤٦٧ -
وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/١١٠٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
لا مقابل (١) .

ونين : (١) ماهو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض (ب) أحكام
البيع في مرض الموت .

= شرعاً أن ينظر في تقديره إلى مقتضى ٦ إ. ف. م. في البيع فذكرنا ذلك من
الأحوال بتقاربان أنظر في التوفيق ما بين أحكام الفقه الإسلامي التقنين المدني السابق
مذكراتنا في البيع فقرة ١١٥ . وانظر في بيع المريض في عهد التقنين السابق : الأستاذين أحد
نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١٦ - فقرة ٢١٧ وفقرة ٢٢٠ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ
محمد كامل مرسي فقرة ٢٦٠ - فقرة ٢٦١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٢ -
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ - استئناف
أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٨٤ ص ٢٠٠ - استئناف مصر
٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ٢/٤٣٠ ص ٨٢٨ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣١
الهامة ١٢ رقم ٢٦٣ ص ٥٣١] .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤٥-٤٤٦ (مطابقتان
للمادتين ٤٧٧ - ٤٧٨ من التقنين المدني المصري . - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ
مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٦ - فقرة ٣٠٣ ، وبوجه خاص فقرة ٢٩٩ حيث يذكر أنه صدر
في سورية بعد التقنين المدني قانون الأحوال الشخصية وجاءت المادة ٢٣٨ مت تمنح الوصية
لوارث ، فوجب أن يراعى ذلك في أحكام بيع المريض مرض الموت) .
التقنين المدني الليبي م ٤٦٦ - ٤٦٧ (مطابقتان للمادتين ٤٧٧ - ٤٧٨ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١/١١٠٩ : كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض
الموت مقصود به التبرع أو الهبة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محابة تصرفاً مضافاً إلى ما به
الموت ، وتسمى عليه أحكام الوصية (أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون
فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤١٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد في تقنين الموجبات والعقود اللبناني نصوص
مقابلة لنصوص التقنين المدني المصري . وقد ورد فيه - على غرار التقنين المدني الفرنسي -
نص (هو المادة ٥١٦) يحرم على الطبيب قبول هبة من مريض في مرض الموت ليس من
أقرباء الطب . وقد قضت المادة ٩٠٩ من التقنين المدني الفرنسي ببطالان التصرفات الحاصلة
في مرض الموت للأطباء والصيادلة ورجال الدين .

١ - ماهو مرض الموت وتقييده تصرفات المريض

١٧٥ - ماهو مرض الموت : يجب في تحديد مرض الموت الرجوع إلى الفقه الإسلامى مفسراً بقضاء المحاكم . وقد جاء فى الفتاوى الهندية : المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح ، كذا فى خزانة المفتين . حد مرض الموت تكلموا فيه ، والمختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن . كذا فى المصمرات (١) . وجاء فى ابن عابدين : وفى الهندية للمريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح ٨١ . وفى الإسماعيلية من به مرض يشكى منه وفى كثير من الأوقات . يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون به مريضاً مرض الموت (٢) . ونصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية - وهى تقنين للفقه الحنفى - على ماأتى : « مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الأنثى ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن . وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضى سنة ، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت (٢) » .

(١) الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ .

(٢) ابن عابدين ٤ ص ٧٠٧ - ص ٧٠٨ .

(٣) وهذه هى نصوص مرشد الحبران فى البيع فى مرض الموت : م ٣٥٨ - بيع المريض فى مرض موته لو ارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان يشترى المثل فإن أجازوه جاز ، وإن لم يميزوه بطل - م ٣٥٩ - يجوز بيع المريض فى مرض موته لغير وارثه يشترى المثل أو بغير يسير ، ولا يعد الثمن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين - م ٣٦٠ - إذا باع المريض فى مرض موته لغير الوارث بغير فاحش نقصاً فى الثمن ، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله . فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين ، بأن كان للثلث ينى بها لزم البيع ، وإن كان الثلث لا ينى بها بأن زادت عليه بخبر المشتري بين أن يدفع للورثة الزالة لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع .

ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة ليكون المرض مرض موت :

(١) أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه . (٢) وأن يغلب فيه الموت .

(٣) وأن ينتهي بالموت فعلاً . فهذه العلامات مجتمعة - وكلها أمور موضوعية - من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت . ولما كان الفقه الإسلامي يقف عند الضوابط الموضوعية ، ويستدل بها على الأمور الذاتية ، فإنه يمكن بهذه العلامات المادية لبسخلص منها أن المريض وهو يتصرف كأنه يقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنا ، فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة ، ويفترض أنه إنما يوصي ، فيجعل لتصرفه حكم الوصية . ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفس المريض واستكناه ما يضمره ، فهذا بحث عسير إن لم يكن متعذراً ، ويمكن أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالته النفسية ، فتقف عندها ، ولا نذهب في البحث إلى مدى أبعد من ذلك . على أنه إذا وجد شخص في هذه الحالة النفسية لسبب غير المرض ، كالحكموم عليه بالإعدام ومن حوصر في حرب ، فإنه يعتبر في حكم المريض ، متى كان هذا السبب هو أيضاً خاضعاً للضوابط المادية .

فستعرض شروط مرض الموت الثلاثة ، ثم نستعرض حالة الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية نجعلهم في حكم المرضى .

١٧٦ - المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه : يجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الأنثاء (١) . وليس واجباً ، ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض الفراش ، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه (٢) .

(١) استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١/٤٨٦ ص ٧٩٦ - استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٥ .

(٢) ولا عبرة بانتقال المريض مرض الموت بنفسه إلى المحكة للتصديق على العقد الصادر منه . لأن الكاتب المختص بالتصديق غير مقيد بإثبات حالة البائع (استئناف مصر =

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه ، ولكن لا بسبب المرض ، فلا يعتبر في مرض الموت . فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ، ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها ، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أو هتته ، فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت ، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء (١). أو يكون عاجزاً عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض ، كما إذا كان محترفاً حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته ، فيعقله مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس ، فلا يكون في هذه الحالة مريضاً مرض الموت .

١٧٧ - ويقلب في المرض خوف الموت : ولا يكتفى أن يفقد المرض المريض عن قضاء مصالحه ، بل يجب أيضاً أن يقلب فيه خوف الموت ، فيكون مريضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت ، أو يكون مريضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة تخشى عليه فيها الموت . أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة ، فإنه لا يعتبر مريضاً موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه . مثل ذلك أن يصاب الإنسان بمرض في عينيه فيعجزه عن الرؤية ، أو بمرض في قدميه فيعجزه عن المشي ، فلا يستطيع قضاء مصالحه ، ولكن المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يقلب فيها خوف الموت . فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز

٦ مايو سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١/٢٢٠ - ص ٤١٠ - فاروق مع ذلك حكم المحكمة العليا الشرعية في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ الهامة الشرعية ٤ ص ٤٠٣ . وقد يجازف المريض مرض الموت بالخروج من بيت للقيام ببعض أعمال فردية ، كالخضوع أمام محكمة الجح للدفاع عن نفسه في حمة تبديد (محكمة مصر ٢٩ مايو سنة ١٩٣٧ الهامة ٩ رقم ٦/٥٣٣ ص ٩٩٦) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشيخوخة ليست مرض الموت ، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان. أما مرض الموت فهو المرض الذي يمتري الإنسان شيخاً أم شاباً ، وينتهي بالموت ، بحيث يشعر المصاب منه بقرب انتهاء أجله (٢٠ فبراير سنة ١٩١٨ الجمعية الرسمية ١٩ رقم ٤٢ ص ٦١ - وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ص ٤٤٨ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ ص ٥١٦ - نبي سوييف ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ الجريدة القضائية ١١٢ ص ١٨)

عن قضاء مصالحه ، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك ، فتكون تصرفات المريض
 في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء (١). وكذلك الأمراض الزمنة ،
 إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل ، لا تكون في
 هذا الوقت مرض موت ، وسنعود إلى بيان ذلك .

وقد ظهر مما قدمناه أن الشرط الأول وهو قعود المريض عن قضاء
 مصالحه ، لا يفنى عن الشرط الثاني وهو أن يغلب في المرض خوف الموت .
 ولكن هل يفنى الشرط الثاني عن الشرط الأول ؟ هناك رأى يلذهب إلى أنه
 يفنى ، فيمكن أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجه إلى قعود المريض
 عن قضاء مصالحه (٢) . وهناك رأى آخر يستبقى الشرطين معاً ، ويجعل الأصل

(١) وقد جاء في شرح الأ. - سليم باز المادة ١٥٩٥ من المجلة في خصوص شرطى القعود
 عن مصالح وظلة الموت ما يأتي : « مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ،
 ويميز منه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور ، كمميز الفقيه من الإتيان
 إلى المسجد ومميز السوق من الإتيان إلى دكانه . قال في رد المختار ينبغي أن يكون المراد
 العجز عن نحو ذلك من الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة في حق الكل ،
 إذ لو كان محترفاً بجرة شاقة ، كما لو كان مكارياً أو حالاً على ظهره أو دقاً أو نجاراً أو نحو
 ذلك ما لا يمكن إقامته مع أدنى مرض ، وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد والسوق ،
 لا يكون مريضاً وإن كانت هذه مصالحه . وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى
 الدكان البيع والشراء مثلاً مريضاً وغير مرض بحسب اختلاف المصالح ، فأما . ثم هذا إنما
 يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض
 فكبر أو ملة في رجله فلا يظهر ، فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه . وهو ما قاله أبو الفتح
 من أن كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت ، بل العبرة لغلبة
 الهلاك ، لو التائب من هذا المرض الموت ، فهو مرض موت وإن كان يخرج من البيت . ويظهر
 اعتناؤه لما علمت من أنه كان يفنى به الصدر الشهيد ، وأن كلام محمد يدل عليه ، ولا طراده فيما
 كان عاجزاً قبل المرض . ويؤيده أن من ألحق بالمريض ، كمن بارز رجلاً ونحوه ، إنما اعتبر
 فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج ... قال في الدر المختار وفي حق المرأة أن تتميز عن
 مصالحها داخل البيت كما في البرازية ، ومفاده أنها لو قدرت على نحو الطبع دون صعود السطح
 لم تكن مريضة ، قال في التمهيد وهو الظاهر ١ هـ . (شرح سليم باز ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨) .
 (٢) أنظر في هذا المعنى ما نقلناه في الحاشية السابقة من شرح الأستاذ سليم باز (ص ٨٨٧ -
 ص ٨٨٨) . وأنظر أيضاً الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٢٥٣ ص ٤٨٠ . وأنظر استئناف
 وطني ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٠ ص ١٧٤ - محكمة مصر ١٤ يولي
 سنة ١٨٩١ المشرق ٦ ص ١٥٣ .

فيها هو أن يغلب في المرض خوف الموت ، أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه هي العلامة المادية التي تشعر المريض بأن المرض يهدده بالموت . وينفي عن هذه العلامة المادية أية علامة أخرى تنبئ عن هذا الشعور ، فبقى ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافياً . ولم يفتقد المريض عن قضاء مصالحه . ومقتضى هذا الرأي الآخر أنه لا يكفي أن يغلب في المرض خوف الموت ، بل يجب أيضاً أن يشعر المريض بذلك ، وقعوده عن قضاء مصالحه ليس إلا وضوءاً مادياً يدل على شعوره بذلك (١) .

١٧٨ - وينفى المريض بالموت فعلاً : ويجب أخيراً أن ينتهى

المرض بالموت فعلاً (٢) . فإذا أصيب شخص بمرض أفتقده عن قضاء مصالحه ، وغلب فيه خوف الموت ، ولكنه مع ذلك يرى منه ، وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض ، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء . ونرى من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض ، فإن تصرفه معتداً به حال حياته ، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً . فإذا انتهى المرض

(١) والأستاذ سليم باز ينقل ما يوفق بين الشرطين على هذا النحو : « ولأن بعض من يكون مطمئناً أو به استقواء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع أو هزال مثلاً . لكن مقتضى قول بعضهم أنه لو كان مريضاً مرضاً يغلب منه الهلاك، لكنه لم يعبزه من مصالحه، كما يكون في انتهاء المرض، لا يكون مريضاً . وقد يرمز بين القولين بأنه إن علم أن به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزاد إلى الموت فهو المعتبر ، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح ، هذا ما ظهر لى ٥١ . ملخصاً شرح المجلة ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨) - وقد قضى بأن المصاب بالبول السكرى إصابة غير خطيرة لا يعتبر مريضاً مرض الموت ، إذا ثبت أنه لم يكن عنده وقت صدور التصرف منه شعور بدنو أجله ، وإن كان يباشر أثناء مرضه أعماله الخصوصية وهو في منزله (استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ - استئناف مصر ٢١ نولفر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٣١٤) .

(٢) ولو لم يكن الموت بسبب المرض ، كأن قتل المريض أو هرق . ذلك أن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو أجله ، ولو لم يحتم بهذا السبب العارض لمات بسبب المرض (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٧ ص ٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٩١ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٧) .

بالموت (١) ، تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت ، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس . وإذا شئى المريض ، تبين أن التصرف الذى صدر منه لم يقع في مرض الموت ، فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة (٢) . ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث ، بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه ميسثنى ما كان ليتصرف ، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يطله لهذا العيب .

وقد يطول المرض ، بأن يكون من الأمراض المزمنة كالشلل والسيل ، ثم ينتهى بالموت ولكن بعد مدة طويلة . والقاعدة في هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا طالت دون أن تشتد ، بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره ، ولم يعد هناك منه خطر داهم . وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه القرائش ، مادام لم يعد يقلب فيه خطر الموت العاجل . لكن إذا اشتد المرض بعد ذلك ، وصامت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل ، واستمر للرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا ، فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذى اشتد فيه (٣) . وهناك رأى في الفقه الإسلامى - أخذت به المجلة - يقدر المدة التى يطول فيها المرض ويستقر فلا يعود يخشى منه خطر عاجل بسنة ، فإذا طال المرض المزمّن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض موت . وإذا اشتد المرض بعد

(١) حل أن يمته المرض من وقت صدور التصرف إلى وقت الموت (استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٥ ص ١٠) . فإذا انتهى بمرض آخر (دوسطاريا حادة) هو الذى انتهى بالموت، لم يكن المرض الأول مرض موت (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) .

(٢) فجميع تصرفات المريض نافذة حال حياته ، ولا يجوز للورثة أن يطعنوا فيها إلا بعد الوفاة (الأستاذان أحمد مجيب اللال وحامد زكى فقرة ٢٠٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى من ٤٩٣ هامش رقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٨) .

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن السيل ، وإن كان من الأمراض التى تطول مدتها ، إذا دخل في دور جديد واشتد وطأته ، يجعل تصرفات المريض في ذلك - كرفق تالة للبطون (١٠ أبريل سنة ١٩١١ الحقوق ٣٣ ص ٥٩) - وقست محكمة مصر الوطنية بأنه : يعتبر مرض موت نسلب الشرايين وإصابة القلب والكلى ، فهى من الأمراض التى =

ذلك حتى انتهى بالموت فعلا قبل انقضاء سنة من اشتداده ، اعتبر في هذه الفترة مرض موت (١) . وقد أخذ القضاء المصرى بهذا الرأي في أكثر أحكامه (٢) ،

= لا يصح اعتبار ما في الأصل مرض موت لبطء سيرها وعدم إحساس المريض بخطر نهايتها ، ولكن إذا اشتدت فجأة وشعر المريض بتفاقم خطورتها اعتبرت مرض موت (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الهامة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) - وقضت محكمة مصر بأنه لا يعتبر مرض موت احتشاش البول وتضخم البروستاتا ما لم يثبت أن هذا المرض المزمن قد تزايد فجأة وانتهى بالموت (٤ مايو سنة ١٩٢٧ الهامة ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر مرض موت الالتهاب الشعبي المزمن ما لم يتزايد (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الهامة ٢٠ رقم ١١١ ص ٣٠٤) . وقضت أيضاً بأن الربو المصحوب بنزلة شبيهة ، ولو توفى به شخص فجأة في سن يتدر في الجبل الحاضر تجاوزها ، لا يعتبر مرض موت ، لأن هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع للمريض من مباشرة أعماله في الفترات التي تتخلل النوبات (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٣٨ ص ٥٨) - المحكمة العليا الشرعية ٧ مايو سنة ١٩٣٥ الهامة الشرعية ٦ رقم ١٤٧ ص ٥٦٠) . وقضت أيضاً بأن مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذي أحدث الوفاة ، أو هو المرض الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرض المباشر الذي أحدثها بحيث يوجب التفرقة بينهما . ويجب ألا يكون المرض مسبقاً وحالته المرضية تسوء تدريجياً دون أن يتخللها فترات تحسن واضحة ، فإذا كان هناك مثل هذه الفترات اعتبر بدء المرض متفذاً مع تاريخ بدء الانتكاس الأخير حينما يكون الشخص مريضاً بمرض غير يميت حتماً ، ونكر نشأ من هذا المرض مرض آخر يميت في هذا المرض الأخير لا الأخير لا المرض الأول هو الذي يعتبر مرض موت (٧ مايو سنة ١٩٣٢ الهامة ١٤ رقم ١١ ص ١٧) . وقضت أيضاً بأن الإصابة بمرض السكر إصابة غير خطيرة لا تعتبر مرض موت (١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ ص ٣٦٢) .

(١) وقد جاء في شرح المجلة حل المادة ١٥٩٥ للأستاذ سليم باز : « وإن أنت مرضه وقضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله . فظهر من هذا أن مرض الموت مقيد بتغير الأمراض المزمنة التي طالت ولم يخف منها الموت ، كالفالج ونحوه ، وإن صبرته ذات فراش ومنته عن الذهاب في حوائجه . فلو أصاب رجلاً فالج فذهب لدائه ، أو مرض فلم يقدر على الكلام ، ثم أشار إلى شيء أو كتب شيئاً ، وقد تقادم ذلك وطال سنة ، فهو بمنزلة الأخرس الصحيح . وكذا صاحب السل إذا أتى عليه سنة ، فهو بمنزلة الصحيح . ولكن لو اشتد مرضه ، وتغير حاله ، ومات قبل مضي سنة ، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٨٨٨) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يعتبر مرض موت السرطان أو السل إذا أُنْظِرَ يظل أكثر من سنة قبل أن ينفذ حياة المريض به ، وعلى الوراث أن يثبت أن المورث الذي مات بمرض السرطان أو السل لم يمكث مريضاً أكثر من سنة (١٨ يولييه سنة ١٩١٧ المجبرة =

واكتفى في بعض آخر بأن يطول المرض مدة كافية ليتولد في نفس المريض السكون إلى حالته والشعور بأنه لم يعد معرضاً لخطر الموت العاجل ، سواء طال المرض سنة أو أكثر أو أقل . وكذلك يكنى أن يشتد المرض ويطرد في الشدة حتى يتولد في نفس المريض أنه عاد مهدداً بالموت في أى وقت ، ليكون المرض مرض موت من وقت اشتداده ، حتى لو بقي مشتداً مدة أطول من سنة ولم يموت المريض إلا بعد انقضاءها (١) .

١٧٩ - الأصهار الذين تقوم بهم مائة نغمة بمعلمهم في حكم

المرضى مرضى الموت : وقد قدمنا أن الشروط الثلاثة المتقدمة ليست إلا أمانة مادية على قيام حالة نفسية بالمريض تجعله يعتقد بدنو أجله . فأي حالة أخرى مادية غير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله بكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه

= الرسمية ١٩ رقم ١٠٠ ص ٢٢٩ - وانظر أيضاً : استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٠٧
الجموعة الرسمية ٩ رقم ٩٩ ص ٢٢٧ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٧ الحفوق ٢٢ ص ١٨٥ -
٢٣ يونيو سنة ١٩٠٧ الحفوق ٢٣ ص ٢٣١ - ١٧ يناير سنة ١٩١٢ الجموعة الرسمية ١٣
رقم ٣٦ ص ٧٠ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ الجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٣ ص ٥٦ - ٢١ نوفمبر
١٩٢٠ الحاماة ٨ رقم ٢/٢٣٤ ص ٢٣١٤ - ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١/٨٤
ص ١٤٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ الحاماة ١١ رقم ٩١ ص ١٥٠ - استئناف مختلط
١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٠ - ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٣ ص ٢٥٣ .
ويحسب حساب المدة من وقت اشتداد المرض إلى وقت الموت (استئناف مختلط ٢٢ مايو
سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٥٤٥ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣١ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥
م ٢٧ ص ١٨٢ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٤ ص ٢٤٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٦
م ٣٤ ص ٤٥٣ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٣٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠
م ٤٢ ص ٣١٥) .

(١) وقد قست محكمة الاستئناف الوطنية بأن المرض يعتبر مرض موت ولوروقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة إذا كان قد أخذ دائماً في الازدياد لغاية الوفاة ، ولم يثبت أنه تحسن تحسناً محسوساً في خلال هذه المدة . أما التفسير القاضي بتعليق المدة القانونية لمرض الموت الذي يقع في السنة السابقة حل الوفاة فليس تحديداً حتمياً ، ولكنه ينطبق فقط حل الأحوال التي يكون فيها المرض طويلاً فيشتد طويلاً إلى درجة الخطورة وتارة يعود المريض إلى صحته . أما المرض الذي يأخذ سيراً متدهوراً فيتحسن محسوساً في مدته ، بل يتحسن نحو الازدياد وينتهي بالموت ، فهو مرض الموت كما كانت مدته (٩ فبراير سنة ١٩١٢ الجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٦ ص ١٧٣) .

الحالة بالذات ، وتكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو أنه لم يكن مريضاً أصلاً . فالحكموم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق ولم تنبأ له وسائل الانقاذ ، ومن داهمته حريق لا سبيل للنجاة منها ، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول ، ومن عقد نيته على الانتحار ، كل هؤلاء أمعاء ليس بهم مرضى ، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى ، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت (١) .

١٨٠ - اثبات مرضى الموت : ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، ومنها البيعة والقرائن (٢) . وأكثر

(١) وقد جاء في شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للأستاذ سليم باز : « ومن بارز وجلا ، أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ، أو بقى على لوح من السفينة ، أو اقترع سبع وبقى في فيه ، فهو كريض مرض الموت ١٨٠ . وفي الهندية ومن كان محبوساً في السجن ليقتل قصاصاً أو رجماً لا يكون حكمه حكم المريض . وإذا أخرج ليقتل ، فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح ، وإذا بارز فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح ، وإذا هاج الموج فحكمه في تلك الحال حكم المريض . ولو أميد إلى السجن ولم يقتل ، أو أرجع بعد المبارزة إلى الصف ، أو سكن الموج ، صار حكمه كحكم المريض الذي يرى من مرضه تمتع تصرفاته من جميع ماله . والمرأة إذا أخذها الطلق ، فافلتته في تلك الحالة يعتبر من تلك مالها ، وإن سلمت من ذلك جاز ما فلتته من ذلك كله ١٨٠ » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٨٨٨) - أنظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٠٧ ص ٢٠١ - الأستاذين محمد كامل مرسي فقرة ٢٥٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٥ ص ٤٢٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦ .

وغنى عن البيان أن العبرة بحالة الإنسان النفسية ، فمن كان محكوماً عليه بالإعدام وهو في السجن ينتظر التنفيذ ، يبدو ، بالرغم مما جاء في شرح المجلة نقلاً عن الهندية ، أن حاكه النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت . فإذا صدر عفو عنه ، أو نجى من كان على وشك الغرق أو من كان في حكمه ، فإنه يعتبر في حكم المريض مرضاً يفلت فيه الهلاك ولم يمت بالموت بل يرى منه المريض ، فلا يكون لورثة حق الطعن في التصرف ، ولكن يجوز للتصرف نفسه أن يطعن في التصرف بالنقض كما سبق القول .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه مادامت محكمة الموضوع قد استخلست من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدتين فيها من مرض الموت أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي ، وأن هذا المرض اشتد به وقت تحرير العقد المظنون عليه ، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد ، فإنها تكون قد أوردت =

ما بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه . كذلك يثبت بشه الشهود ، وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة . وعلى الورثة الذين يطمنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت بفتح عبء إثبات المرض . ولما كانوا يعتبرون خلفاً لمورثهم وليسوا غيراً من حيث ثبوت التاريخ ، فإن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم . فإذا كان التصرف مؤرخاً تاريخاً عرفياً في وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضاً ، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم . ولكن لم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته . فإذا أثبتوا ذلك . ولم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات لأنهم يثبتون غشاً وواقعة مادية - أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف (١) ، ولم يعد التصرف الصادر من المورث يسرى في حقهم إلا في الحدود التي سنينها فيما يلي .

== في حكمها من الأسباب ما يمكن لحمل قضائها (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام نقض ص ٣٦٥) . وقضت أيضاً بأن محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود أن اسامه صيب بمرض يفلج فيه الهلاك وانتهى فلا بوقاتها ، وهذا يمكن (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٨ ص ١٠٤٨) . وقضت كذلك بأنه متى كان المحكم إذني حصول البيع في مرض موت البائع قد قرر للأسباب السائفة التي أوردتها أنه في الوقت الذي تصرف فيه كان في حال صحته وأنه سابق على فترة مرض عادي لا يفلج فيه الهلاك ، وبأن هذا الذي قرره لا عيب فيه (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٥ ص ٢٣٧) .

ويستخلص من قضاء محكمة النقض المتقدم أنه إذا كانت شروط مرض الموت مسألة قانون ، فإن حصول هذا المرض متوافرة فيه شروطه مسألة حجية تمتثل لمحكمة الموضوع ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض في ذلك متى بنت محكمة الموضوع قضاءها على أسباب سائفة .

(١) وقد سبق أن بينا في الجزء الثاني من الوسيط (فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢) أن الوارث لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى تاريخ الورقة الصادرة من مورثه في مرض الموت ، ويعتبر غيراً بالنسبة إلى سريان التصرف الصادر في مرض الموت . وقلنا في هذا الصدد : « والذي أوقع اللبس في هذه المسألة هو الخلط ما بين النيرية في سريان التصرف والنيرية في ثبوت التاريخ . فالوارث ، في سرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، يعتبر غيراً من ناحية سريان هذه »

١٨١- سبب تغيير التصرف في مرض الموت : وإذا كان التصرف

الذى يصدر في مرض الموت مقيداً ، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته . فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته ، بل ولا تنتقص هذه الأهلية ، فإدام حياً حافظاً لقواه العقلية فانه يبق متنعاً بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته . ولو وقع أن المرض أفقده التميز ، فان التصرف الذى يصدر منه وهو في هذه الحالة يكون باطلا لا بعدام التميز ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نافذ في حق الورثة لصلوره في مرض الموت .

وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعاقب حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض (١) . فانه من المقرر في الفقه الإسلامى أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم ، لا من وقت موته فحسب ، بل من وقت المرض الذى

= التصرفات في حقه ، فهي لا تسرى عليه فيما يحاور تلك الحركة . ولا يعتبر غيراً من ناحية ثبوت التاريخ فيحتاج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح * (الوسيط جزء ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٦ - ٢٠٧) . وانظر مقال الأستاذ سليمان مرقس في قوة المحررات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يلحق فيها بصورها في مرض الموت في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ - ص ٣٠٤ ، وإلى هذا المقال يرجع الفضل في تحول الفقه المصرى إلى رأى الصحيح في هذه المسألة كما سبق أن بينا (الوسيط ٢ ص ٢٠٦ هامش رقم ١) . وانظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٤٣ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٨ - الأستاذ عبد المنعم ليدرأوى فقرة ٤١٩ .

ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المحموعة الرسمية ١١ رقم ١/١٠٨ ص ٢٩٦) . ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلاتاً (استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد تحرر قبل الوفاة بأيام قليلة مالم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦) . ولا مانع من الظن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الظن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ١/٥٣٩ ص ٩٩٦) .

(١) وعمل هذا انعقد إجماع الفقه المصرى : الأستاذان أحمد نجيب المدلل وحامد زكى فقرة ٢٠٦ و فقرة ٢١٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٨ - الأستاذ عبد المنعم ليدرأوى فقرة ٤١٨ .

يموت فيه . فإذا صدرت منه تصرفات تنطوي على تبرع منذ هذا المرض ، كان لها التصرفات حكم الوصية . ذلك أن المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله ، فأنما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته ، لا في المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها . ولا يستطيع إنسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادى ، إلا إذا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة . فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد إذن بقيود الوصية ، وحتى المعاوضات إذا انطوت على تبرع ، كأن يبيع بثمان أقل من قيمة المبيع ، يكون لها هي أيضاً في التصرف المحابي به حكم الوصية . ومؤدى ذلك أن التصرف الصادر في موت المورث إذا انطوى على تبرع فيما يجاوز ثلث التركة لا يكون باطلاً ولا يكون قابلاً للابطال (١) ، بل يكون فيما جاوز ثلث التركة غير نافذ في حق الورثة (٢) . فهو تصرف صحيح ، ولكنه لا ينفذ في حق الورثة إلا بأجازتهم ، فإذا لم توجد وريثة نفذ التصرف في كل المال .

وقد اختلف فقهاء الإسلام في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت . فذهب بعضهم إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض ، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بدء المرض ، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث (٣) . وأياً كانت طبيعة حق الورثة ،

(١) قارن استاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ .

(٢) وتمسك دعوى عدم نفاذ التصرف بخمس عشرة سنة من وقت موت المريض (الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى ويدعوانها بدعوى بطلان) ، فلا يكتفى إذن سكوت الورثة ولو مدة طويلة إذ كانت دون مدة السقوط (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٤٧٢) ، ما لم يستخلص من هذا السكوت إجازة ضمنية للتصرف من الورثة ، وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن سكوت الوراث بعد وفاة المورث مع ظهور انعقد رنقل التكليف للشترى دون أن يظن الوراث ، بل سكت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته يعتبر إجازة للعقد الصادر في مرض الموت (١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢) .

(٣) ضد الشافعى لا يثبت الإرث إلا عند الترت ، وفي المسألة خلاف عند الحنفية . ويظهر أثر ذلك في المطلقة دون رضاها طلاقاً باتناً في مرض الموت ومات مطلقها وهي في العدة ، هل ترث أو لا ترث ؟ عند الحنفية ترث ، وعند الشافعية لا ترث . ويورد صاحب البدائع حجاج =

فانه حق يقبل من تصرف المريض على النحو الذى أسلفناه .

= الفريقتين على الوجه الآتى : • وإن كان (الطلاق) بنير رضاها فلانها قوت من زوجها عندنا ، وعند الشافى لا تترث . ومعرفة هذه المسألة مبنية على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط الاستحقاق ووقته . أما السبب فنقول لا خلاف أن سبب استحقاق الإرث فى حقها التكاح ... واختلف فى الوقت الذى يصير التكاح سبباً لاستحقاق الإرث . وعند الشافى هو وقت الموت ، فإن كان التكاح قائماً وقت الموت ثبت الإرث ، وإلا فلا . واختلف مشايخنا . قال بعضهم هو وقت مرض الموت ، والتكاح كان قائماً من كل وجه من أول مرض الموت ، ولا يحتاج إلى إبقاء من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً . وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه لقوارث من وقت المرض بطريق الظهور ، ومن وجه وقت الموت مقصوراً عليه وهو طريق الاستناد ، وهما طريقاً متبايناً المتقدمين . وقال بعضهم : وهو طريق المتأخرين منهم ، إن التكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الإرث وهو ثبوت حق الإرث من غير ثبوت الملك لقوارث أصلاً من كل وجه ولا من وجه . وجه قول الشافى أن الإرث لا يثبت إلا عند الموت ، لأن المال قبل الموت ملك المورث يدل على نفاذ تصرفاته ، فلا بد من وجود السبب عند الموت . ولا سبب ههنا إلا التكاح ، وقد زال بالإهانة والثلاث ، فلا يثبت الإرث ، ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان التكاح قائماً فى حق الإرث لورث لأن الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة . ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم والمقول . أما الإجماع ... وأما المقول فهو أن سبب الاستحقاق الإرث وجد مع شرائط الاستحقاق فيستحق الإرث ، كما إذا طلفت طلاقاً رجعيّاً . ولا كلام فى سبب الاستحقاق وشرائطه ، وإنما الكلام فى وقت الاستحقاق . فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت . أما على التفسير الأول والثانى وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه ، فالدليل عليه النص وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الإجماع والمقول . أما النص فإروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة على أعمالكم أى تصدق باستبقاء ملككم عليكم فى ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم . أخبر عن سنة الله تعالى على عباده أنه استبق لهم الملك فى ثلث أموالهم ليكون الوسيلة إلى الزيادة فى أعمالهم بالصرف إلى وجوه الخير ، لأن مثل هذا الكلام يخرج مخرج الأخبار عن المنة . وآخر أعمارهم مرض الموت ، فدل على زوال ملكهم عن الثلثين إذ لو لم يزل لم يكن لهم عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين ، إذ الحكيم فى موضع بيان المنة لا يترك أهل التجبن ويذكر أديانها . وإذا زال ملكه عن الثلثين يؤول إلى ورثته ، لأنهم أقرب للناس إليه .. وأما إجماع الصحابة رضى الله عنهم .. وأما دلالة الإجماع فهى أنه لا ينفذ تبرعه فيه زاد على الثلث فى حق الأجانب ، وفى حق الورثة لا ينفذ بشئ أصلاً ورأساً حتى كان الورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضا ، إذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الأخذ من غير رضا . فدل عدم النفاذ على زوال الملك ، وإذا زال يزول إلى الورثة لما بينا . وأما المقول فهو أن المال الفاضل من حاجة الميت يصرف إلى الورثة بلا خلاف ، والكلام فيما إذا فضل ووقع من وقت المرض الفراغ عن حوائج الميت . فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه لقوارث فى المال الفاضل من حوائج الميت ، فدل على ثبوت الملك من وجه لا محالة . وأما على =

ولما كان تنفيد تصرف المريض في مرض الموت يرجع إلى حق الورثة في ماله وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامي، فإن هذا التنفيذ لا يسرى إلا في حق من تجرى في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية، وهؤلاء هم كل المسلمين كانوا أو غير مسلمين. أما الأجنبي الذي لا تجرى في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية فلا يسرى هذا التنفيذ في حقه (١).

١،١٢ - الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت : وقد أورد التقنين المدني نصاً يقرر الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت ، أيأ كان هذا التصرف بيعاً أو غير بيع . فنصت المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي : ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتصرى عليه أحكام الوصية أيأ كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص ، ونقتصر فيه على القدر الذي يتعلق

= التفسير الثالث ، وهو ثبوت حق الإرث رأساً ، فدلالة الإجماع والمقول . أما دلالة الإجماع . أن ينقض تبرعه بعد الموت ، ولولا تعلق حق الوارث بماله في مرض موته لكان التبرع تصرفاً من أجل في محل مملوك له لا حق للغير فيه فينبغي ألا ينقض ، فدل على التمسك على تعلق الحق . وأما المعقول فهو أن التكاح حال مرض الموت صار وسيلة إلى الإرث ، ووسيلة حق الإنسان حقه لأنه ينتفع به ، والطلاق البائن والثلاث إبطال لهذه الوسيلة فيكون إبطالا لحقها ، وذلك إضرار بها فيرد عليه (الهدايع ٣ ص ٢١٨ - ص ٢٢٠) . وانظر أيضاً في هذه المسألة الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ١٠ - ص ١٣ .

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أحكام بيع المريض مرض الموت تسري ولو كان البائع أجنبياً : ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٨ ص ٤٧٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥ .

بالبيع (١) ، فقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدني تنص على ما يأتي :

« ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ . فإذا صدر بيع من المورث ، وبعد موته طعن الورثة في هذا التصرف ، فأول شيء يجب على الورثة عمله في هذا الطعن هو أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورثهم وهو في مرض موته . ولم يثبت ذلك بجميع الطرق ، ويكون التاريخ العرفي للبيع حجة عليهم إلى أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم وأن التاريخ الحقيقي للبيع يقع في مرض الموت ، وقد سبق بيان كل ذلك . فإذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر في مرض الموت ، فإن النص يفترض أن البيع حقيقته هبة وأن المريض لم يقبض ثمناً من المشتري وأن الثمن المذكور في العقد إنما هو ثمن صوري . ولكن هذا الفرض قابل للإثبات العكس (٢) ، وعلى المشتري لينقض هذه الفريضة أن يثبت أنه دفع فعلاً ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته (٣) . فإذا

(١) ولم يكن التفتين المدني السابق يشتمل على نص يماثل نص المادة ٩١٦ من القانون المدني الجديد ، ولذلك تضارب القضاء في مد أحكام بيع المريض مرض الموت إلى تصرفاته الأخرى غير البيع . ففقت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شراء المريض من الورث لا تسرى عليه أحكام البيع (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٤) . ولكن إقرار المريض لإرادته يسرى به حكم البيع (استئناف مصر ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٢/٥٣٤ ص ١٥٦ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٢/٢٢٠ ص ٤٤٠ - المنشورة ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٣٤٤ ص ٥٢٤ - ططا ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١١/٢٧ ص ٦٧ - الزقازيق ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣٨ ص ٨٤٨ - الزقازيق ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٩ ص ٨٧ - أسبوط ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٨٠ ص ١٣٤ - استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ - انظر عكس ذلك أي عدم جواز الطعن في الإقرار الصادر في مرض الموت : استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٧٠ ص ٧٧١ - الزقازيق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٦ ص ١٣٥ - مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٣ رقم ٢/٦٤٥ ص ١٢٧٥) . أما الإيجار فلا يتأثر بصدوره في مرض الموت (مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ الحاماة ٤ رقم ٦٣٦ ص ٨٥٠) .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٢٠٧ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسي ص ٤٨٦ - قارن استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ ص ٤٤ .

(٣) ولا يجوز لمشتري المنك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً وذكر ذلك في عقد البيع ، لأن هذا إقرار من مريض في مرض موته فلا يعتد به ، ولأن الشبهة قائمة في أن البائع والمشتري متواطئان على تصوير أن هناك ثمناً دفع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٨٩ - الأستاذ عبد السمير البدراني فقرة ٤٢١ ص ٦١٢ هامش رقم ١) .

يستطع إثبات ذلك ، أو ثبت أن الثمن الذى دفعه أقل من قيمة المبيع ، اعتبر البيع - ي المبيع كله في الصورة الأولى وفي حدود زيادة قيمة المبيع على الثمن في الصورة الثانية - تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية . وهذا ما نتكفل الآن ببيانه .

ب - أحكام البيع في مرض الموت

١٨٣ - فروض مختلفة : البيع في مرض الموت إما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع ، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة ، أو بثمن يقل بما يجاوز هذا الثلث ، أو بغير ثمن أصلاً وفي هذه الحالة يكون البيع هبة مستترة .

فهذه فروض مختلفة نستعرضها واحداً بعد الآخر ، ثم نعقبها بما قرره القانون من حماية الغير حسن النية .

وقد قدمنا أن الورثة إذا أثبتوا أن البيع قد صدر في مرض الموت ، فإن البيع يعتبر صادراً على سبيل التبرع أى يكون هبة بغير ثمن ، ولا عبء بالثمن المذكور في العقد . وعلى المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً ، وأن يثبت مقدار الذى دفعه من ذلك . فإذا لم يستطع إثبات أنه دفع ثمناً ، كان البيع هبة . وإذا استطاع إثبات أنه دفع ثمناً ومقدار مادفعه ، لم تحل الحال كما قدمنا من أن يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع أو يقل بما لا يجاوز الثلث أو بما يجاوزه (١) .

(١) أما بالنسبة إلى الدائنين ، فكل محاباة أو تبرع في مرض الموت يعتبر في حكم الوصية ، فتقدم عليها الديون ، ولا تنفذ إذا كانت التركة مستغرقة . وقد جاء في المادة ٣٦١ من مرشد الحيران في هذا المعنى : « إذا باع المريض لأجنبى (أو لغير أجنبى من باب أول) شيئاً من ماله بمحاباة فاحشة أو بيسرة ، وكان مديوناً بدين مستغرق لماله ، فلا تصح المحاباة سواء أجازته الورثة أم لم يجزوه . وبغير المشتري من قبل أصحاب الديون ، فإن شاء بلغ المبيع تمام القيمة ، وإلا فسخ البيع . فإن كان قد تصرف في المبيع قبل الفسخ ، تلزمه قيمته بالغة ما بلغت » - وإذا برى المريض من مرضه ، جاز للدائنين الطعن بالدعوى البولصية في تصرفه باعتباره تبرعاً (الأستاذان : نجيب الهلال فترة ٢١٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧) ، وهذا فرق دعوى الإبطال للطلت التى تكون للمريض نفسه بعد أن يبرأ من مرضه كما سبق القول ، وفى دعوى يجوز لدائنيه أن يرفعوها باسمه .

١٨٤ - البيع بما لا يقل عن القيمة : إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للبيع لا يقل عن قيمته ، كان البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوarith أو لغير وارث .

والمراد بالوارث ، في جميع أحكام بيع المريض مرض الموت ، هو من يكون وارثاً وقت موت المورث ، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع . أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موته المورث ، فلا يعتبر وارثاً في هذه الأحكام . فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت ، ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً ، اعتبر الابن وارثاً ولو أنه لم يكن موجوداً وقت البيع ، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع (١) . كذلك تفقد نسبة المبيع ، لمعرفة نسبة الثمن إليها ، وقت الموت لا وقت البيع . فلو باع المريض داراً بألفين وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن ، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة ، فإن البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار خمسمائة ، وهذا بالرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البيع . وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الدار وقت البيع ألفاً وخمسمائة ، ثم أصبحت ألفين وقت الموت ، فإن البيع يكون يمثل القيمة .

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٣ - وبيت المال لا يعتبر وارثاً ، فالبيع في مرض الموت للزوجة صحيح إذا لم يكن للزوج وارث آخر . ولذلك لا يصح لبيت المال (الحكومة) أن يظن في العقد بحجة أن له ثلاثة أرباع التركة ، لأن بيت المال ليس بوارث . بل الحكومة تستحق التركة إذا خلعت من الورثة أو وجد منهم فقط من لا يمكن الرد عليه ، لا من طريق الإرث ، بل لاعتبارها مالاً لا مالاً له (محكمة البان ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٤٢ ص ١٢٧ - وانظر المنيا ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٣٧٧ ص ٧٥٧ - وقارن مع ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٩٢) . وهذا الحكم يتفق مع ما جاء في الفقه الإسلامي من أن بيت المال يأخذ المال من جهة أنه لا مال له (أحكام القرآن لـجصاص ٢ ص ١٠٠ - وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١١ ص ٢٠٥ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٦) - وقد جاء في قانون الوصية نص صريح في هذا المعنى ، فقضت المادة ٣٧ من هذا القانون بأن « تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه » من غير توقف على إجازة الخزانة العامة » .

وقد كان البيع يمثل القيمة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين البيع لغير وارث والبيع لوارث . ففي البيع لغير وارث يتفق التقنين السابق مع التقنين الجديد في الحكم الذي تقدم بيانه . أما في البيع لوارث فقد كان هناك ، في عهد التقنين المدني السابق ، رأيان . الرأي الأول ، وكان الرأي الأرجح ، يجعل البيع نافذاً دون حاجة إلى إجازة الورثة كما في البيع لغير الوارث ، وهذا هو رأي صاحبين في المذهب الحنفي . والرأي الثاني يذهب إلى أن البيع لا ينفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم ، لأن المورث يخص الوارث بعين المبيع ، وفي هذا ضرب من المحاباة والإيثار ، وهذا هو رأي الإمام أبي حنيفة (١) .

١٨٥ - البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة: وإذا أثبت

المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع وأثبت مقدار مادفع ، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة ، فإن البيع يكون هنا أيضاً صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

والتركة تقدر بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع ، وتدخل فيها قيمة المبيع ذاته (م ١/٤٧٧ مدني) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بألف ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وخمسمائة ، كان البيع بأقل من قيمة المبيع بمقدار خمسمائة لا بمقدار ألف ، وكان نقض الثمن عن القيمة لا يجاوز ثلث التركة ، وقد أصبحت ألفاً وخمسمائة يوم الموت ودخل المبيع فيها عند تقدير قيمتها كما سبق القول .

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه ، وما إذا كان البيع لوارث ولا ينفذ إلا بإجازة الورثة (٢) . ذلك

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢١٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩ - ٤ مايو

سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٧ .

أن أية عناية في الثمن تعتبر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية ، وكانت الوصية في عهد التقنين المدني السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) يميز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة (١) .

١٨٦ - البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة : وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً إلا مبلغاً هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما يجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت أيضاً ، فإن البيع في هذه الحالة لا يكون نافذاً في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازتهم (٢) . وهذا هو حكم

(١) والمبرة في معرفة أى حكم يسرى تكون بتاريخ موت المورث . فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ التشريع الذى يميز الوصية لوارث (قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) ، فعلم التقنين القديم هو الذى يسرى ، وإلا فعلم التقنين الجديد .

وكان القضاء في العهد السابق يكشف عن تحايل المريض إذا باع لنير وارث ثم يحول المشتري البيع إلى وارث ، فصدور البيع لولد الزوجة وهو غير وارث ثم تحول العقد من الولد إلى أمه فيه تحايل ، ويعتبر بيعاً صادراً لوارث في مرض الموت (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ . المحاماة ١١ رقم ٤٣٠ / ٣ ص ٨٢٨) .

(٢) نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٧ ص ٣٨٠ - استئناف وطني ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٣٨ .

هذا والإجازة يجب أن تصدر من أهل التبرع ، فلا يصح أن يكون الوارث المخير صبياً أو مجنوناً أو مجبراً عليه ، أو أن يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت . والمخير إذا كان مريضاً مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٠٦ هامش رقم ٢) . ويجب أن يكون المخير عالماً بالبيع ورغباً في تصحيحه ، فاشتراك الوارث في تحرير محضر جرد التركة وإشارته في المحضر إلى التصرف لا يكون لإجازة إلا إذا أورد بذلك الموافقة على التصرف (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٩٤ استئناف وطني أول فبراير سنة ١٩١٠ : المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢ / ١٠٨ ص ٢٩٦ - استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠) .

ويجب أن تقع الإجازة بعد الموت ، فالإجازة الحاصلة وقت العقد أو اشتراك الورثة في نفس العقد لا يعتبر إجازة ، ويجب صدور الإجازة مرة ثانية بعد الموت . وإجازة بعض الورثة دون بعض لا تنفذ إلا في حصص من أجازة الورثة (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٩٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . ويجوز للمشتري أن ينفذ الورثة =

الوصية ، وقد قدمنا أن المقدار المحابي به يعتبر في حكم الوصية . ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (١) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفاً بالآف ، ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وثمانمائة ، فإن المقدار الذي حوّل به المشتري يكون ثمانمائة . وهذا يزيد على ثلث التركة - وقدره ستمائة - بمائتين . فلا ينفذ البيع في حق الورثة في الدار بمقدار مائتين إلا بإجازة الورثة ، وينفذ في باقي الدار دون حاجة إلى إجازتهم . فإن لم تجز الورثة في المائتين ، كان على المشتري أن يؤدي إليهم هذا المبلغ ليضاف إلى الألف الذي دفعه ثمناً ، فيخلص للورثة ألف ومائتان ، وهذا المبلغ هو ثلثا التركة الواجب أن يخلص للورثة . وللمشتري أن يفسخ البيع ، فيرد الدار للتركة ، ويسترد منها الألف وهو الثمن الذي دفعه (٢)

= يعلتوا ما إذا كانوا يجيزون التصرف أو لا يجيزونه ، وأن يلتجئوا إلى القضاء لتحديد ميعاد لذلك ، لكن إذا انقضى الميعاد هذا عدم إجازة منهم للتصرف (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢١٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠ - الأستاذ عبد المنعم للبرادوى فقرة ٤٢٢) . وسكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يظن الوارث ، بل سكوت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته ، يعتبر إجازة ضمنية للعقد الصادر في مرض الموت (استئناف أسبوط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢ وقد سبقَت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وإذا تمددت العقود الصادرة من المورث في مرض الموت ، اعتبر المشترون في حكم الموصى واقسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم ، ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخاً أو تسجيلاً (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٠/٥ ص ٨٢٨) . ويبدّر أنه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصى في مرض موته هو أيضاً في حكم الوصية ، فيكون البيع في مرض الموت إما ناقضاً للوصية الأولى وإما نافذاً معها في حدود ثلث التركة (قارن استئناف وطني ١٥ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٦ وتطبيق الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٠٨ هاشم رقم ١) .

(١) فإذا لم يكن للمريض ورثة نفذ البيع أيا كان المقدار المحابي به ولو كان البيع في حقيقته هبة ، ولا يعتبر بيت المال وأوانا كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢١٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦) .

(٢) كذلك للورثة أن يستبقوا الدار شائعة بينهم وبين المشتري ، وتكون حصتهم فيها بمقدار المائتين اللتين اعتبر البيع فيهما غير نافذ . وقد أجازت محكمة استئناف أسبوط لوارث أن =

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين
الملف السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم
هو ما قلنا (١) ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع
الدار - لا فيما يجاوز ثلث التركة فحسب - إلا باجازتهم (٢) .

١٨٧ - التصرف بغير ممن أصغر : وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه
دفع ثمناً ماله منس ، اعتبر التصرف فيه بغير ممن ، وكان لها حكم الوصية
لأنها وقعت من مرض الموت . فإذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة ،
نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم . وإذا زادت قيمة العين
على ثلث التركة ، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن لم
يجزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاور الثلث ، أى أن يرد
إلى ما بقي بتكلفة ثلثها . ويستوى في ذلك كله أن يكون التصرف لوارث
أو لغير وارث . فلو أن المريض تصرف في دار قيمتها وقت الموت ألفان ، ولم
يستطع المتصرف له أن يثبت أنه دفع ثمناً ، وكانت قيمة التركة - ويخل
في ذلك قيمة الدار المتصرف فيها - ستة آلاف . فإن التصرف ينفذ في حق
الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، لأن قيمة الدار لا تجاوز ثلث التركة .
أما إذا كانت قيمة التركة ثلاثة آلاف والمسألة بحالها ، فإن قيمة الدار تجاوز
ثلث التركة بمقدار ألف ، فإذا لم تجز الورثة التصرف وجب على المتصرف
له أن يرد إلى التركة ألفاً على النحو الذى قلناه .

== يأخذ حقه وهو الثلثان حيناً إذا كانت العين المبيعة قابلة للتجزئة (١٧ أبريل سنة ١٩٢٩
المطبعة ٩ ص ٦٤٥ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المطبعة ١١
ص ٨٢٨) .

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٢ ومراجع الفقه
والقضاء المشار إليها .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢١٥ . والعبارة في معرفة أى حكم يسرى
تكون هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ١٧
لسنة ١٩٤٦) الذى يميز الوصية لوارث فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى ، وإلا فحكم
التقنين الجديد .

قد كان التصرف بغير إذن أصلاً في عهد التقنين الملغى السابق يجرى التمييز
في إذا كان التصرف لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه ، وما إذا
كان التصرف لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع الدار - سواء زادت قيمتها
على ثلث التركة أو لم ترد - إلا بإجازة الورثة ، فإذا لم يجيزوا وجب على الوارث
رد الدار إلى التركة (١) .

١٨٨ - حماية الغير حسن النية : ويتبين مما قدمناه أن هناك حالتين
لا ينفذ فيهما تصرف المريض في حق الورثة إلا بإجازتهم ، وهما : (١) إذا
تصرف بغير إذن أصلاً وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة . (٢) أو باع
بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة .

ففي هاتين الحالتين إذا لم نخر الورثة ، ولم يرد المتصرف إليه إلى التركة ما يني
بتكمله ثلثها ، كان للورثة أن يستوفوا من العين التي تصرف فيها المريض ما يني
بتكمله ثلثي التركة . وإذا تبرع المتصرف له بالعين ، جاز للورثة أن يتبعوا العين
في يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم على النحو الذي قدمناه (٢) . أما إذا كان
المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعاً ، بأن باعها مثلاً من شخص
آخر ، فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية ،
أي إذا كان المشتري لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقاً فيها بل كان
يعتقد أنها ملك خالص للبائع (٣) . ونقول المادة ٧٨ مدني ، كما رأينا ، في هذا
الصدد ما يأتي : « لا تسري أحكام المادة السابقة لإضراراً بالغير حسن النية وإذا
كان هذا الغير قد كسب بعرض حقاً عينياً على العين المبيعة » . ولا يني للورثة
في هذه الحالة إلا الرجوع بحقوقهم على من تصرف له المريض .

(١) والمبررة هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، فإن كان قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ٧١
لسنة ١٩٨٦) الذي يجيز الوصية لوارث سري حكم التقنين السابق ، وإلا فيسري حكم
التقنين الجديد .

(٢) وذلك ما لم تكن العين منقولة وقد حازه المتبرع له بحسن نية .

(٣) أما إذا كان المشتري من النية ، كأن أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم
لتصرف المريض ، لم يجز - أن يطلب الحماية (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤
ص ١٠٧) .

وقد كان هناك خلاف محتمل في عهد التقنين المدني السابق فيما إذا كانت مبادئ الفقه الإسلامى هى التى تسرى في انتقال أموال التركة إلى الورثة أو هى مبادئ القانون الفرنسى ، فانقسم الفقهاء إلى فريقين ، فريق يقول بالرأى الأول وكان هو الرأى الراجع ، وفريق يقول بالرأى الثانى (١) . وقد حسم التقنين

(١) أصحاب الرأى الأول يستندون إلى أن المشرع في عهد التقنين المدنى السابق قد أحال الميراث على الشريعة الإسلامية ، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أسمتهم في الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث طريقاً لانتقال الملكية من المورث إلى الوراث . والوراث في الشريعة الإسلامية لا يمتد شخص مورثه ولا يحمل محله في التزاماته ، بل إن ديون المورث تلتحق بالتركة ، وتبقى التركة ضامنة لديونه بعد موته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته . ولا يرث الوراث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فإذا باع الوراث حيناً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان للدائن أن يتجنبها في يد المشتري ويستوفى منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستفزة بالدين ، أما إذا كانت غير مستفزة فللدائنين كذلك ومن عام بمقدار ديونهم لأن أموال التركة مشغلة بحقوقهم ، ولكن الفقهاء أباحوا الورثة التصرف في أعيان التركة لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات . على أن حق الورثة في التصرف يقف حين لا يبقى في التركة إلا ما يمكن لفواء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ في حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقى منها كافياً (الأستاذ عبد الحميد بدوى في مجلة مصر المصرية ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها - وملاحظات الأستاذ عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمى عيسى في ص ٤٠) . وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأى : استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ للشرائع ١ رقم ٤٢٤ ص ٢٧٧ - استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١/١٤٢ ص ٣٦٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٤٢٨ ص ٨٢٦ - ٨ مارس سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٧٠ ص ١٦٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٦/٤٢٩ ص ٨٧١ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٧ - محكمة مصر ٢٨ يناير سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ١٩٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ١١٢ - محكمة طنطا ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٩ الحاماة ١ رقم ١/٣٢ ص ١٩٩ - الإكستردية ٣ أبريل ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٠ ص ٢٥٠ - استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٢ - ١٣ يونيو ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٩ - ٢٠ أبريل ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢١ - ٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٤ - ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٠ - ٩ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٤ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٤ =

المدنى الجديد هذا الخلاف وأخذ صراحة بالرأى الأول : فنصت الفقرة الأولى

= ومن أصحاب هذا الرأى الأول من يذهب إلى حد القول بحلول الميراث المرحلة بموت المدنى حقيقياً لمبادئ الفقه الإسلامى (الأستاذ عمر ركن العراق فى مركز الوارث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣ ومقاله فى الجاهل السنة الأولى لعدد الخامس .

أما أصحاب الرأى الثانى فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى فى تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، أما فى كيفية انتقال المال إلى الورثة فليس هذا متصلاً بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل فى أسباب سبب الملكية ، فتسرى فيه التواعد العامة فى القانون المدنى . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الحاشية ، ويقدم دائر المورث على دائر الوارث فى اقتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق الضمان جاء الذى كان لهم فى حياة المورث لا يزال باقياً كما كان مادام المالك منفصلاً . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عبئاً بالموت ، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث مالم يبيع إلا إذا كان المشتري سبباً النية وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، أنه أن يضمن فى تصرف الوارث بالدعوى البولندية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث يلتزم فى أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس للدائنين أن يضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منعه عن التصرف إلا بالمعبر (الأستاذ أحمد عبد الحليط المحاماة السنة الثانية العدد الثالث - الأستاذ عبد الوهاب محمد الشرايع السنة الأولى ص ٥٧) . وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى استئناف مصر ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٠ ص ٤٢ - استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٤ - محكمة الاسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ الفقه ٤ ص ١٨ .

وانظر فى هذه المسألة وما احتدم فيها من خلاف الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠٠ (وما أشير إليه من مراجع فى الفقه والقضاء) . وانظر بحثاً للأستاذ أحمد إبراهيم فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٣٥٧ - ص ٣٩٨ وقد أخذت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالرأى الأول . فسنت بأن التركة عند الحيفية ، مستترقة كانت أو غير مستترقة ، تنتقل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائى التوفى مخولهم بتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت لفصل فى مسائل الميراث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائى التركة التعلل بأن الحقوق العينية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن الثانوى الذى لم يرد فى التشريع الرسمى ، وذلك لأن عينية الحق مقررة فى الشريعة الإسلامية ، وهى - من ماسبق القول - القانون فى الموارث . وإذن فالحكم الذى ينسب حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مديته تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلاً ، مخالفاً لقانون ' نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦) . =

من المادة ٨٧٥ مدني على أن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والثوابين الصادره في شأنها . فلم يقتصر سر بيان أحكام الشريعة الإسلامية على تعيين الورثة وإنما أنصبتهم في الإرث ، بل امتد أيضاً إلى انتقال أموال التركة إلى الورثة رغمه هي المسألة التي كانت محل خلاف في الماضي ، وقد حسم الخلاف فيها نص صريح كما نرى . إذن لابد من تطبيق مبادئ الفقه الإسلامي في انتقال أموال التركة إلى الوراث ، وفي حكم بيع الوارث لأعيان التركة قبل سداد ديونها . وقد أخذت فعلاً نصوص التفنين المدني الجديد في الميراث وسداد ديون التركة بهذه المبادئ ، سواء خضعت التركة لنظام التصفية أو لم تخضع .

فبحث إذن مسائل نحسب : (١) انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي (٢) تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون في الفقه الإسلامي (٣) انتقال أموال التركة إلى الورثة في التفنين المدني الجديد (٤) تصرف الورثة في أعيان التركة التي لم تخضع لنظام التصفية في التفنين المدني الجديد (٥) تصرف الورثة في أعيان التركة التي خضعت لنظام التصفية في التفنين المدني الجديد .

= وقفت أيضاً بأن تصرف الورثة في التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاصص حكم القانون المدني من حيث اعتباره من غير مالك ، وبالتالي سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسي ، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن التركة . لكن الحكم الصادر حل هذا الأساس بملكية المشتري العين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكية إلا بحملة بحق الدائن ائتمني ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه تقادماً مستقلاً لحق العين الذي يثقلها ، إذ هذا الحق إنما هو حق تبعي لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذي هو تابع له . وبقاء هذا الحق المبنى على الأرض المبيعة هو سند الدائن في تتبعها بالتفنية تحت يد المتصرف إليه . وإذن فن الخطأ أن يلغى بالنقض إجراءات نزع الملكية التي يتحدا الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن في تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٢٦٥) . ويزخر حل هذا الحكم الأخير أنه متى قرر لدائن حقاً عينياً على العين المورثة يمكنه من تتبع النفاذ تحت يد المشتري ، لم يعد في حاجة إلى إنكار ملكية الوارث للعقار وإلى ترتيب التقادم الخمسي على انقضاء الملكية . ولو أن الوارث كان غير مالك حقاً ، وباع إلى مشتري حسن النية ، ذلك هذا بالتقادم الخمسي المبيع خالصاً من حق التركة ودائيتها ، فهؤلاء لا يعدون أن يكونوا في مركز الدائن الحقيقي ومركز من كسب حقاً من هذا المالك ، فيسري التقادم في حقهم .

١٩٠ - انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي :

من المقرر في الفقه الإسلامي أن ديون الميت تنعاق بما يتركه من أموال ، فنصبح التركة هي المسئولة عن سداد هذه الديون . والدين ينعاق بمالبة التركة لا بدوات أعيانها ، إذ حق الدائن هو أن يستوفى الدين من مالبة التركة لا من عين بالذات .

وإذا بحث الفقهاء ، في الفقه الإسلامي ، متى تنتقل أعيان التركة إلى الورثة ، فليس الغرض من تحديد وقت انتقال الملكية القول بأن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من هذا الوقت . فإن ملكية الأعيان تنتقل إليهم والديون متعلقة بماليتها كما قدمنا ، فيقيد هذا من حق الورثة في التصرف كما سئرى . ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد وقت انتقال ملكية التركة إلى الورثة ، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون . ونذكر من هذه النتائج اثنتين : (١) نماء أعيان التركة بالزيادة المتولدة - متصلة كانت أو منفصلة - كالثمرة والولد والربع والسمن ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت يكون ملكاً للميت ، فيقضى من هذا النماء ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذا النماء يكون ملكاً للورثة ، فلا تقضى منه ديون الميت ولا تنفذ منه وصاياه . (٢) نفقات أعيان التركة ، كنفقة الحفظ والصيانة وكمصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان ، تكون على التركة فيها إذا بقيت ملك الميت . أما إذا انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه النفقات تكون على الورثة ، حتى إذا بيعت أعيان التركة في ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا ، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة إلى بيع الأعيان لسداد الديون . وكما أن لهم نماء الأعيان يكون عليهم نفقتها ، والغرم بالغنم .

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة ، فمنها ما ذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت ، ومنها ما ذهب إلى انتقالها فوراً إلى ملك الورثة ، ومنها ما يميز بين حالة وحالة .

فعند المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميراث بعد موته إلى أن يسدد الدين ، مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها .

وعند الشافعية والحنبليّة تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت الميراث ، مع تعلق الدين بها على النحو الذي قدمناه ، سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها . وفي المذهب الحنبلي ، إلى جانب هذا القول ، قول آخر يذهب إلى بقاء التركة على ملك الميراث إلى أن يسدد الدين ، وهو قول يتفق مع مذهب مالك .

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقاً ، تبقى أموال التركة على ملك الميراث ولا تنتقل إلى ملك الورثة . بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الدين ، ولا يكفي أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي . وفي قول آخر يكفي لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الميراث للدائنين قيمة هذه الأموال لجميع الدين . وأما إن كان الدين غير مستغرقاً للتركة ، فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت الميراث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ، وهذا الرأي يتفق مع مذهب المالكية . وهناك رأي ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميراث من الأموال ما يكفي لسداد الدين ، وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة (١) .

١٩١ - تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون في الفقه

الإجماع : اختلفت المذاهب الفقهية في صحة هذا التصرف ، ولكن اختلافها لا يتفرع حتماً على اختلافها في الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة ، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الورثة بمجرد موت

(١) أنظر عرضاً مفصلاً لهذه المذاهب وللأدلة التي يحتاج بها كل مذهب في مقال للأستاذ طه الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة الفانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة من ١٣٥٨ - ص ١٧٤ .

المورث بنسخة نصرف الوارث قبل سداد الدين ، وأن يقول من يذهب إلى بقائها على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف ومضى بعد عرض المذاهب في هذه المسألة أن هذا ليس مطرداً .

فبعد الملكية ، وهم القائلون ببقاء الدين التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين ، يقتضي منطق هذا القول أن يكون نصرف الوارث في أعبان التركة قبل سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين في المذهب ، وليس مبنياً على انعدام ملك التركة بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على حق الورثة . والرأي الآخر ينسب إلى أن نصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم ينس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كان بأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو ينزل عن دينه ، أو يبيّن من التركة بعد التصرف ما يمكن لسداد الدين . لا فرق في ذلك كله بين أن يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فلذلك حالشان . الأول أن يكون الوارث هالماً بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهوراً بالدين ، وعند ذلك يابح المبيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير هالماً بالدين ولا يكون الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن الذي قبضه من المشتري سواء كان فيه وفاء بالدين أو لم يكن ، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حاباه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر الحاباة فقط (١) .

(١) وقد جاء في المتنونة الكبرى في هذا الصدد : « قلت رأيت رجلاً هلك وترك مالا وترك ديناً للناس عليه ، وليس في مال هذا الذي ترك وفاء لحق واحد من الغرماء ، فأخذ الوصي المال أو أخذته الورثة فقصوه رجلاً واحداً وهم لا يعلمون بالدين لم الدين ، أو كانوا يعلمون فقصوا واحداً من الغرماء دون بقيتهم . قال إذا لم يعلموا ببقية الغرماء ولم يكن الميت موصوفاً بالدين ، فلا شيء على الوصي ولا على الورثة . فإن علموا أن كان موصوفاً بالدين ، فليعلم ما يصيب هؤلاء إذا تحاصوا ، ويرجع الورثة أو الوصي الذي اتفق المال بما غرم هؤلاء الغرماء . وإن كانوا لم يعلموا ، فإنما يتبع الغرماء الذين استوفوا المال ، ولا يكون على الوصي ولا على الورثة شيء . قلت وهذا قول مالك ، قال نعم هو قوله ... قلت رأيت إن باع الورثة »

والحنابلة كالمالكية عندهم رأبان : أحدهما أن تصرف الوارث في التركة الميئنة قبل أداء المدين بغير إذن الغرماء ، باطل ، والثاني أنه صحيح نافذ مادام لم يمس حقوق الدائنين . ولكن الحنابلة يقفون عند وقت انتقال التركة للورثة ، فمن قال منهم إنها لا تنتقل إلا بعد سداد الدين ذهب إلى بطلان تصرف الوارث قبل السداد ، ومن قال إنها تنتقل فوراً بموت المورث ذهب إلى صحة هذا التصرف (١) .

وعند الشافعية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة الميئنة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة . ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن ، والرهن عند الشافعية يمنع من بيع

تركة الميت فأكلوها واستهلكوها ، ثم قدم قوم فأتوا البيعة على دين لم يل الميت ، قال قال مالك إن كان الرجل الميت معروفاً بالدين ، فبادر الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه وانفسوه . أكلوه ، كان لغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ، ولا يجوز بيع الورثة ، وأتبع الذين اشتروا الورثة . وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين ، فباعوا كل مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم ، أتبع الغرماء الورثة ، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل ، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم . قال ابن القمام أخبرني بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا ، وهو رأي . سمعنا من ابن وهب قال قال مالك في الرجل يهلك وهو مديان أو غير مديان معروف كلاهما في حاله ، ثم يبيع الورثة أمواله فيقتسمونها : ثم يأتي دين على هذا الميت ، فيوجد المال بأيدي الناس الذين اشتروا . قال أما الذي يعرف بالدين ولا يجهل أمره ، فإن الغرماء يأخذون ما وجدوا بأيدي الناس الذين اشتروا ، ويتبع الذين اشتروا الورثة بأموالهم . وأما الذي لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين ، فأنما يتبع غرماءه الورثة بشئ ما باعوا كان فيه وفاؤهم أو لم يكن . (الفتاوى الكبرى جزء ١٣ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

(١) وقد جاء في المتن في هذا الصدد : « حكى بعض أصحابنا فيس مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ روايتين : إحداهما لا يمنعه ، الخبر ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله . فإن تصرف الورثة في التركة يبيع ونحوه ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تعذر وفاؤه فسحق تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجاني أو النضاب الذي وجبت فيه الزكاة . والرواية الثانية يمنع نقل التركة إليهم لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ، فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلها . فعل هذا لو تصرف الورثة ، لم يصح تصرفهم ، لأنهم تصرفوا في غير ملكهم ، إلا أن يأذن الغرماء لهم . وإن تصرف الغرماء ، لم يصح إلا بإذن الورثة » (المتن جزء ٤ ص ٤٨٧) .

العين المرحومة . وكان مقتضى ذلك أنه يجوز للوارث بيع مال التركة بأذن الدائن ، ولكنهم مع ذلك لا يجيزون التصرف ولو بأذن الدائن ، لأن الدين لا يزال معلقاً بنفس الميت ، حتى لو كان إذن المرحوم بسقط . ذاتاوية إيان يذهبون إلى أنه تصرف الوارث في التركة المندسة بأن دين ، ولو لم يكن مستعقداً ، قيل مدانه تصرف باطل . وللدائنين أن يتبعوا اعتبار التركة في يد المشتري ، وللمشتري الرجوع على الوارث بما أدى من الثمن . ويستثنى من ذلك تصرف الوارث في التركة لسداد الدين ، فهو صحيح إذا كان بأذن جميع الدائنين ، أو بأذن القاضي إذا لم يكن الثمن أقل من القيمة . وهناك رواية أخرى في مذهب الشافعي أنه يصح تصرف الوارث في التركة المندبة ، لأن الدين حتى يتعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض ، ففصى الوارث الدين لزوم تصرفه ، وإن لم يقضه فسخ التصرف (١) .

وعند الحنفية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث إذا كان الدين غير مستغرق وإلا فبقائها على ملك الميت ، لا يجوز مع ذلك للوارث حق التصرف لحسابه الشخصي ، وإلا كان التصرف باطلاً ، سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة . ويتبع الدائن العين في يد المشتري لبطلان التصرف ، ويرجع المشتري على الوارث بما أدى من الثمن . على أنه يجوز للوارث باعتباره خليفة عن الميت أن يتصرف في أموال التركة المندبة لسداد الدين ، ويصح تصرفه في هذه الحالة . وهناك من فقهاء الحنفية من لا يقول ببطلان التصرف ، إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين وكان الوارث

(١) وقد جاء في المذهب في هذا الصدد : « ومن مات وعليه ديون ، تعلقت الديون بماله كما تعلق بالخبر في حياته ... فإن تصرف الورثة في التركة قبل مضي الدين ، ففيه وجهان : أحدهما لا يصح ، لأنه مال يتعلق به دين ، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرحوم . والثاني يصح ، لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض . وإن قلنا إنه يصح ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقض فسخنا ... وإذا قدم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ، ثم ظهر غريم آخر ، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخوه من قدر دينه ، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم ، فبأن خلاف ذلك وجب نقض أنفسه ، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه » (المذهب جزء أول ص ٢٢٧) .

تصرف لحسابه الشخصي أما إذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين ، وتصرف الوارث لحسابه الشخصي ، كان التصرف صحيحاً نافذاً ما بقي في التركة ما بقي بسداد الدين . ثم أجاز الدائن التصرف (١) .

وبمخلص مما قدمناه عن اختلاف المذاهب في هذه المسألة أن الأساس الذي يقوم عليه تقييد حق الوارث في التصرف قبل سداد الدين هو حماية الدائن ، وليس هو انعدام الملكية أو وجودها عند الوارث . واختلاف الأقوال يرجع إلى اختلاف الطريقة التي يحى بها حق الدائن . فمن الأقوال ما يضمن في حماية الدائن إلى حد أن يبطل تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وهذا قول في كل من المذاهب الأربعة . ومنها ما يجعل تصرف الوارث صحيحاً بشرط ألا يمس

(١) وقد جاء في المبسوط للرحمى . « الدين إذا كان محيطاً بالتركة يمنع ملك الوارث في التركة ، وإن لم يكن محيطاً فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الأول ، وفي قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يخلف الموروث في المال ، والمال كان مملوكاً لميت في حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون ، فكذلك يكون ملكاً للوارث . وحجتنا في ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ، فقد جعل الله تعالى أداء الميراث بعد قضاء الدين ، والحكم لا يسبق أوامره . فيكون حال الدين كحالته في حياة المورث في المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه . وإذا كان الدين محيطاً بتركته فالمال مشغول بحاجته ، وقيام الأصل بمنع ظهور حكم الخلف . ولا يقال يتي مملوكاً بغير مالك ، تبقى الملكية للميتون في ماله حكماً لبقاء حاجته » (المبسوط جزء ٢٩ ص ١٢٦ - ص ١٢٨) . وجاء في الزيلعي : « إن الدين يجب في الذمة . . ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة . ألا ترى أن التركة لو ملكتك لا يسقط ، وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر . . بخلاف الوصية فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبق بعد هلاك التركة ، وليس لوارث أن يستخلص التركة ويطلبه من محل آخر . . ولأبي يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخرب الذمة ، ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين » (الزيلعي جزء ٦ ص ٢١٤) . وجاء في حاشية الشلبى على الزيلعي (جزء ٦ ص ٢١٤) : « إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فأراد الوارث استخلاص التركة ونفذ المال ، يجبر رب الدين على القبول . لأن عند استغراق التركة بالدين ، وإن كان لا ملك لهم ، ولكن لم حق استخلاص التركة . أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقداً ، كان للقاضي أن يبيع التركة ويقضى حق المرماء . والأجنبي لو فقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول ، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة . والدين إذا كان زائداً على التركة ، فلورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة ، كالمبد الجاني إذا فداء مولاه فداء بارثه » .

حق الدائن ، فينفذ التصرف بإجازة الدائن أو منزوله عن دينه أو ببقاء مال في التركة بكفى لسداد الدين ، وهذا قول آخر في كل من المذاهب الأربعة كذلك .

١٩٢ - انتقال التركة المبرئة الى الورثة في التقنين المدني الجديد :

وقد عني التقنين المدني الجديد بتنظيم القاعدة الشرعية التي تقضى بالإنعكة إلا بعد سداد الدين ، وهي القاعدة التي رأينا المذاهب الفقهية المختلفة قد تضاربت في تحديدها وفي استخلاص نتائجها . فأورد نظاماً مفصلاً لتصفية التركة المبرئة ، بعد أن قرر إجمالاً وجوب اتباع الفقه الإسلامي في الميراث ، لا في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب ، بل أيضاً في كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة كما سبق القول .

ونوجز هنا ما انطوت عليه نصوص التقنين المدني الجديد من مبادئ رئيسية في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث ، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون . وقد استلزم التقنين المدني في هذا الصدد على مبادئ رئيسية ثلاثة ، استقيت كلها من مبادئ الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة :

أولاً - تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع نيل حقوق الدائنين بها . فتنقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصدره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين ، فهو رهن قانوني . ولا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث (١) .

(١) وقد قضت محكمة دمهور الكلية بأن التركة - مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عيني لدائني المتوفى ، بخلاف لم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العيني يتوافر له خصيصية التمتع والتقدم لاستيفاء دائني المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائلي حسن البية وآخر سيئ البية ، وإنه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون (دمهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠) .

ثانياً - ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فانه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها ، ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين على النحو الذي أسلفناه .

ثالثاً - ويكون سداد الديون ، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية ، بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما من طريق المحجز على هذه الأموال وهي في يد الورثة ، وإما عن طريق التبعيل والحبس عليها في يد الدائن إذا تم إشهار الدائن أسلفنا الإشارة إليه - ويتربط على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث ، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه ، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأي دائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ٢/١٠٨٥ مدني) . أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية ، فلا يكون سداد الديون إلا بإجراءات جماعية يتولاها المصفي نيابة عن التركة . ومن ثم لا يجوز لأي دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه ، بل يقوم المصفي في التركة - كما يقوم السندبك في التفليس - بمجرد أموال التركة وحصر الديون التي عليها وسدادها وتوزيع ما بقي بعد السداد على الموصي لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، نحاص الدائنون ، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه ، ولم يأخذ الموصي لهم والورثة شيئاً .

١٩٣ - تصرف الوارث في أعيان التركة المبرئة التي لم تخضع

لنظام التصفية : ونخصص القول هنا في حكم تصرف الوارث في أعيان التركة المبرئة قبل سداد الديون إذا كانت هذه التركة لم تخضع لنظام التصفية . وقد نصت المادة ١٠٨٥ من القانون المدني على أن أعيان التركة المبرئة التي لم تخضع لنظام التصفية ، ولا بد من شهرتها ، لا يمكن أن يكون لها حق في حق من تصرف له الوارث ، ويكون الشهر يتأشير الدائن بدينه في خلال سنة من شهر حق الإرث ، ويجرى التأشير

أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بنسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية .

فإذا تم التأشير على هذا النحر ، استنسخ الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها ، فيتنبهوا في بد من وقع انتصرف لهم . وقد ورد هذا الحكم في المادة ٩١٤ مدني ، إذ تنص على ما يأتي ، « إذا لم تكن التركة قد صفت وفقاً لأحكام النصوص السابقة : جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو يمد أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل انتصرف فيها أو التي رثت عليها حقوق غير المصلح الغير ، إذا أتمروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون (١) » . وأحكام القانون هنا تبينها المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري ، ونحوى على الوجه الآتي : « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتاج هذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتاج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقدم بشهره قبل هذا التأشير (٢) » .

(١) أنظر في عهد التقنين المدون السابق : استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠

ص ٢١٧

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « يؤدى هذا النص أن تأشير الدائن بدينه في الميعاد المشار إليه يحفظ له حقه مطابقاً قبل الغير ، حتى لو كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير . أما بعد هذا الميعاد ، فالمعيرة بالنسبة الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث . ولا يبدأ ميعاد السنة بالنسبة إلى الدائن إلا من تاريخ شهر الإرث . أما إذا لم يشهر حق الإرث ، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه ، والمعروض أنها تكون باقية على ملك الوارث إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته . وللدائن في جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك - أى بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة متى تكون باقية على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث) ، ولم يؤثر الدائن بدينه ، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يتعلق بها حق الغير . وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة برهن ، فللدائن الذي لم يؤثر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ، ولكن يكون لدائن المورث أن يحتاج =

ونظيماً لما فتمتاه نفرض أن الوارث قد باع عقاراً في التركة قبل أن يسدد ديونها . فإذا كان الدائن قد أشر بدينه على النحر الذي أسلفناه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، ولم يستوف حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتبع العقار تحت يد المشتري ، كما كان يتبعه لو أنه كان دائئاً مرتين ، فيستوفى حقه منه ، حتى لو كان البيع مسجلاً قبل تأشير الدائن بدينه مادام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث كما سبق القول . ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشتري منه عقارات للتركة ، يجب عليه أن يتحوط فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث (١) ، وعند ذلك يستطيع أن يبين ما إذا كان هناك دائئ للتركة أشر بدينه

قبله بحق الرهن . وما ندرى أن المادة ١٤ مكررة للمادة ١٣ التي أوجبت شهر الإرث حتى يسجل الوارث التصرف في عقارات التركة . وقد أخضعت المادة ١٤ ديون الضمان لنظام التسجيل ، ولم توجب شهرها استقلالاً بطريق التسجيل . فإذا أهدأ الوارث شهر حقه ، لم يبرم من التركة بشهر دينه ، مع بقائه محمياً بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاة الـيون ، فتظل ديون التركة رغم غفائها عالة بأعيانها كما لو كانت مرهونة بها . وانظر الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق المدنية الأصلية جزء ٥ ، فقرة ١٥٩ ص ١٩٦ - والأستاذ محمد علي عرفه في الانجذامات الحديثة في الميراث وتصفية التركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن لكل ذي شأن أن يطلب إلى قاضي الأمور المستحقة نحو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة ، قيامه القاضي إذا كان سند الدين مطعوناً فيه طعناً جدياً . فيجوز إذن أن يطلب المحر الوارث أو دائئ آخر للتركة أو دائئ شخصي للوارث أو مشتر من الوارث يضره التأشير فيطلب نحوه . والأفضلية المترتبة على أسمية الشهر لا تكون فيما بين دائئي التركة « فلا يتقدم أحدهم على الآخر لجرد أنه أشر بحقه قبله ولكن الدائن الذي أشر في خلال السنة له أن يتبع العقار في يد الغير ، ولا يستطيع هذا التبع الدائن الذي لم يشر في خلال هذه المدة (الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق المدنية الأصلية جزء ٥ ، فقرة ١٦٢ - الأستاذ محمد علي عرفه المقال المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٧) .

(١) أما قبل شهر حق الإرث ، فإن القانون لا يمكن الوارث من التصرف في عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق أرثه . وتقول المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإل أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أو تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق . »

حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، وإما أن يجعل الوارث بنى بالدين ، فان لم يفعل لا هذا ولا ذاك عرض نفسه لإجراءات التمتع التي يقوم بها دائن التركة (١) .

فاذا لم يتم الدائن بالتأشير بدينه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لم يعد حقه نافذاً في مواجعة المشتري إذا سجل المشتري البيع قبل أن يقوم الدائن بالتأشير بعد انقضاء السنة . فاذا أشر الدائن بدينه بعد انقضاء سنتين مثلاً ، فان كان المشتري قد سجل البيع قبل هذا التأشير لم يستطع الدائن تنع العقار في يده ، ما لم يكن المشتري سبيء النية متواطئاً مع الوارث بحيث يجوز للدائن أن يطمئن في البيع بالدعوى البولصية . وإن كان المشتري قد سجل البيع بعد تأشير الدائن ، كان للدائن أن يذعن العقار في يد المشتري وأن يستوفي منه حقه ٢ . وفي جميع الأحوال يجوز للدائن ، إذا لم يستطع أو لم يرد تنع العقار ، أن يستوفي حقه من أموال التركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث ، كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان هذا قد بيع العقار عشاً وإصراراً بحقوق الدائن ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولصية .

أما إذا كانت العين التي باعها الوارث قبل سداد الدين منقولاً ، فلا تأثير لتأشير الدائن بدينه في هذا البيع . وينظر في هذه الحالة إلى المشتري ، فان كان سبيء النية ، أى يعلم أن المنقول الذي يشتريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ،

(١) ويبدو أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار ، كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهوناً رهناً رسمياً ، فإن التطهير إجراء استثنائي لا يمتد من الرهن الرسمي إلى غيره من الحقوق الماثلة إلا بنص في القانون . ولذلك حاز التطهير في حق الاختصاص لوجود هذا النص (م ١٠٠٥ مدني) ، ولم يحز في الرهن الخياري لاندماجه .

٢ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٧٦ ص ٩٥ - الأستاذ عبد السلام البدرأوى فقرة ١٩٠ ص ٦٦ - وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن المشتري من المورث يتصل على المشتري من الوارث إذا سجل عقده في خلال السنة التي تلي شهر حق الإرث أو أشر بدينه باعتباره دائناً لتركة في خلال هذه المدة ، حتى لو سجل المشتري من الوارث عقده قبل ذلك . أما إذا سجل المشتري من المورث البيع أو أشر بالدين بعد انقضاء السنة ، فالمسألة في المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بالأسبقية في التحصيل أو التأشير . وتعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي (انظر فقرة ٢٧٠) .

جاء للدائن أن يتبع هذا المنقول في يد المشتري وأن يستوفي حقه منه . أما إذا كان المشتري حسن النية ، فقد ملك المنقول بالحيازة ، ولا يستطيع الدائن أن يتبعه في يده ، وليس له إلا الرجوع بحقه على بقية أموال الشركة التي لا تزال في يد الوارث . فإن لم يجد شيئاً يستوفي منه حقه ، رجع بشئ المنقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعريض إذا كان سيئ النية أى يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على الشركة ديناً لم يسدد .

١٩٤ - تصرف الوارث في أعيان الشركة المبرمة التي خضعت لنظام

التصفية : وقد تخضع الشركة المدينة لنظام التصفية . ونبادر إلى القول إن كل شركة لا تخضع حتماً لهذا النظام ، بل إن الكثرة الغالبة من الشركات لا تخضع له ، لما فيه من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة ، مما يجعل النظام غير صالح إلا للبركات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طلب إخضاع الشركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى ، فإن لم يرمو جاً لذلك رفض إخضاع الشركة لهذا النظام (١) . وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصياً لتركته . فإن عين وصياً للشركة ، وأقر القاضى هذا التعيين ، فإنه يسرى على وصى الشركة ما يسرى على المصطفى من أحكام (م ٨٧٨ مدنى) . وهذا مانعص عليه المادة ٨٧٦ مدنى فى خصوص جواز إخضاع الشركة لنظام التصفية : « إذا لم يعين المورث وصياً لتركته ، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجباً لذلك ، من تجمع الورثة على اختياره . فإن لم تجمع الورثة على أحد ، تولى القاضى

(١) ونرى من ذلك أن ما يوحى به الأستاذ محمد أبو رهره ، فى كتابه أحكام الشركات والموارث (ص ٦٤ - ص ٧٤) ، من الانتقاد لنظام التصفية ، لما يتضمنه من مصروفات كثيرة وإجراءات طويلة ، لا محل له . فهو ليس بنظام إجبارى ، بل هو ليس بنظام اختيارى يجوز لذوى الشأن تطبيقه متى شاءوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية الشركات الكبيرة إذا أغفلتها الديون وتعمدت شؤونها ، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه الشركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستحب لطلب إخضاع الشركة لنظام التصفية ، وهو لا يستحب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف الشركة ما يبرر ذلك (انظر من هذا الرأى الأستاذ محمد كامل مرسى فى المحرق المبنية الأصلية جزء ٥ ص ١٥٩ هامش رقم ١) .

اختيار المصنى ، هل أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقول هؤلاء .

فاذا خضعت التركة للتصفية ، قام مقام ناشير الدائن بدينه على النحو الذى بيناه فيما تقدم قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى . وقد نصت المادة ٨٧٩ مدنى فى هذا الصدد على ما بأتى : ١ - على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأمر الصادر بتعيين المصنى وبثبوت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثة بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر لعزل ، وبكل ما يقع من تنازل . ٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للناشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ . فأتى تصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذاً فى حق دائنى التركة ، ولهذا أن يتبعوا العقار المبيع فى يد المشتري على النحو الذى بيناه تفصيلاً فى حاشية ناشير الدائن بدينه فى خلال السنة . أما إذا قيد الأمر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، فالعبرة بالأسبقية فى الشهر كما سبق القول . وكذلك للدائنين تتبع منقولات التركة التى يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يكن المشتري حسن النية على التفصيل الذى أوردناه فيما تقدم . بل إن الوارث إذا صرف غشاً فى شيء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية ، عوقب بعقوبة التبديد كما سرى .

على أن نظام التصفية ذاته يقضى بغل يد الورثة عن التصرف فى أعيان التركة ، ويجعل سداد ديون التركة عن طريق إجراءات جماعية كما سبق القول . فيقوم المصنى ، كما قدمنا ، بمجرد أموال التركة ، وحصر الديون التى عليها ، وسدادها وتوزيع مابقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . ولا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى أن يتخذ الدائنون أى إجراء ، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه ، إلا فى مواجهة المصنى (م ١/٨٨٣ مدنى) . ولا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة (م ٨٨٤ منه) . وعلى المصنى أن يكلف دائن التركة

ومدينها أن يقدموا بياناً عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وأن يودع
 قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها
 ونشتمل على تقدير لقبة هذه الأموال (م ٨٨٦ - ٨٨٧ مدني) . وبما يقب
 بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثاً
 (م ٨٨٩ مدني) . ثم نص في المنازعات في صحة الجرد ، ولو عن طريق دعاوى
 أمام المحاكم المختصة ، ويقوم المصنف بعد ذلك برفاء ديون التركة . ولكن عليه
 في حالة إعمار التركة أو احتمال إعمارها ، أن يقف تسوية أي دين حتى بفعل
 في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م ٨٩٢ مدني) . ويجوز للمحكمة
 بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذي على التركة بشروط
 معينة ، فإذا لم يقض بحلول الأجل تتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع
 أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها
 بما يكون في نتيجه معادلاً لصافي حصته في الإرث . وترتب المحكمة لكل دائن
 من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له
 تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان
 تكفيلى بقدومه الورثة من مالم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتب
 المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م ٨٩٥ / ١ و ٢ مدني) . وبعد تسوية
 الديون على هذا النحو ، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره في
 قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة ، لم يحز لهذا الدائن أن يرجع
 على من كسب حسن به حقاً عيذاً على أموال التركة ، وإلما له الرجوع على
 الورثة بسبب إزرائهم (م ٨٩٧ مدني) .

وبعد أن يقوم المصنف بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت وسداد الديون
 والتكاليف والرصايا وغير ذلك (١) ، يخلص مابقى من المال للورثة كل بحسب
 نصيبه الشرعى ، ويسلم المصنف لهم ما آل إليهم من هذه الأموال (م ٨٩٩ -

(١) ويدخل ، لتنفيذ الديون والرصايا ، في مال التركة نماؤها . ويتفق هذا مع رأى
 الكتيرين من المناطقة فهم يحملون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويحملون الديون مع
 ذلك تلقاً بنائها لتعلمها بأصل التمام (الأستاذ على الحقيف في المقال المشار إليه ص ٢٢٠ -
 الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٢٧) .

٩٠٠ مدني) . وتسلم المحكمة إلى كل وارث بقدم إعلماً شريعياً أو ما يقوم مقام هذا الإعلام شهادة تقرر حقه في الإرث ، وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة (م ٩٠١ مدني) . وهذه الشهادة هي التي يسجلها ، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث إليه . وهي تبين له من وقت تسلمها التصرف في هذه الأموال ، كما سبق القول . على أنه يجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأبناء أو النفود التي يحتاج لها في تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل كفالة أو بدون تقديمها (م ٩٠٠ مدني) . وغنى عن البيان أن الوارث الذي يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه ، ولو قبل أن يتسلم شهادة التورث .

§ ٥ - بيع المحجوز عليه والممسور

١٩٥ - بيع المحجوز عليه : يبدأ التنفيذ على عقار المدين بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين (م ٦١٠ مرافعات) . ويجب تسجيل التنبيه قبل انقضاء ستين يوماً على إعلانه وإلا اعتبر كأن لم يكن ، ولا يجوز تسجيله قبل مضي خمسة عشر يوماً على إعلانه (٦١٣ مرافعات) . ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً ، ويسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإيداع زئمة شروط البيع أو صدور أمر قاضي البيوع بمد هذا الميعاد (٦٥١ مرافعات) .

فإذا ماتم تسجيل التنبيه على النحو المتقدم فاعتبر العقار محجوزاً ، لم يعد يجوز للمالك العقار المحجوز ، سواء كان هو المدين أو الخائر للعقار ، أن يبيعه . وبيع المالك العقار لا يكون نافذاً في حق الدائن الحاجز ولا في حق الراسمي عليه المازاد ، إلا إذا كان البيع قد حصل تسجيله قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . فإن سجل التنبيه قبل تسجيل البيع ، كان البيع غير نافذ في حق هؤلاء . وقد كان ثقتين المرافعات الوطني السابق لا ينص صراحة على هذا الحكم وإن (م ٢٣ - الوسيط ج ٤)

نص عليه تقنين المرافعات المختلط (١) . فاختلف الرأي في تحديد الوقت الذي يمنع بيع المحجوز عليه من بيع عقاره أحر وقت تسجيل التنييه أم هو وقت البيع بالمزاد (٢) . ولكن تقنين المرافعات الجديد حسم هذا الخلاف ، ونص صراحة على منع المحجوز عليه من بيع العقار المحجوز من وقت تسجيل التنييه ، إذ نصت المادة ٦١٦ مرافعات هل أنه لا ينفذ تصرف المدين أو الخائر في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ (الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنييه فأصبحوا طرفاً في الاجراءات) ولا الرامى عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنييه ترع الملكية . ومع ذلك ينفذ التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز المشار إليه إذا قام ذوو الشأن ، قبل اليوم المحدد للبيع ، بإبداع مبيع يكفي للوفاء بأصل الديون والفوائد والمصاريف التي للحاجزين والدائنين المشار إليهم سواء حلت ديونهم أو لم تحل مع إعلانهم جميعاً بالإبداع ، وتكون هذه الألف مخصصة لوفاء ديون من ذكروا دون غيرهم من الدائنين . فإذا لم يحصل إبداع قبل إيقاف البيع ، فلا يجوز لأى سبب منح ميعاد للقيام به .

وبمخلص من النص المتقدم أن بيع العقار المحجوز إذا لم يسجل قبل تسجيل تنييه ترع الملكية - فلا يكفي إذن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل التنييه - لا يكون نافذاً في حق الدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنييه والرامى عليه المزاد (٣) . فيستطيع هؤلاء أن يواصلوا إجراءات التنفيذ دون التفات لهذا البيع ، إذ هو غير صار في حقهم ، وللرامى عليه المزاد أن

(١) فكانت المادة ٦٠٨ من تقنين المرافعات المختلط تنص على أنه لا يجوز للمدين من يوم تسجيل التنييه أن يتصرف في العقارات المذكورة في التنييه ، إلا كان التصرف باطلاً من تلقاء نفسه وبلا حاجة إل حكم بذلك .

(٢) وكانت محكمة النقض تقضى بأن المدين يبق على حقه في التصرف في العقار حتى يباع عليه بالمزاد (نقض جنائي ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ١١٥ - نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨) .

(٣) ولكنه لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، بل يكون بيعاً صحيحاً نافذاً فيما بين البائع والمشتري .

يخلص بالعقار دون أن يحنج عليه بالبيع (١) . فإذا استوفى الدائنون حقوقهم من الثمن الذى رسا به المزاد ، وبقي فضل ، فهذا الفضل للمشتري ، لأن البيع لا يزال قائماً بينه وبين البائع . وللمشتري بعد ذلك أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، كما أن له أن يفسخ البيع ، وذلك كله وفقاً للقواعد العامة . ونرى من ذلك أن عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين هنا هو تطبيق مبسط للدعوى البولصية ، فقد فرض القانون أن المشتري الذى سجل البيع بعد تسجيل التنبيه يعلم بالحجز وأنه متواطئ مع ملك العقار ، ومن ثم يكون البيع غير نافذ في حق الدائنين كما لا ينفذ تصرف المدين الذى وقع لإضراراً بحقوق الدائنين في الدعوى البولصية .

ويرتب على ما قدمناه أن بيع العقار المحجوز ، إذا سجل بعد تسجيل التنبيه ، ينفذ مع ذلك في حق الدائنين (٢) في الأحوال الآتية : (١) إذا قام المشتري قبل اليوم المحدد للبيع في المزاد بإبداع مبلغ يكفى للوفاء بأصل الدين والفوائد والمصروفات التى للدائنين الحاجزين والدائنين المقبدة حقوقهم على العقار ، وسواء حلت ديونهم أو لم تحل ، مع إعلانهم جميعاً بالإبداع . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٦١٦ مرافعات السالفة الذكر . (٢) إذا نزل الدائنون الحاجزون والدائنون المقبدة حقوقهم عن الإجراءات التى اتخذت ، بأن وجدوا مثلاً أن المشتري قد اشترى العقار بثمن لا يؤملون أن يحصلوا على أكثر منه لو بيع العقار في المزاد . وفي هذه الحالة يستوفون حقوقهم من هذا الثمن بالاتفاق مع المشتري والبائع (٣) . (٣) إذا سقط التسجيل بأن لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإبداع

(١) الأستاذ رمزي سيف في قواعد تنفيذ الأحكام والعمود الرسمية في قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٥٠ فقرة ٣٤١ وما بعدها — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٧ — فقرة ٢٨٨ .

(٢) ويبقى بليغة الحال قائماً فيما بين المشتري والبائع ، دون أن يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ .

(٣) ولا يجوز للمشتري أن يجبر الدائنين على قبول الثمن الذى اشترى به العقار ، ولو كان ثمن المثل أو أكثره إلّا ثمن المثل — فهذا الإيجاب لا يكون إلا بنص كنص المادة ٢٥٨ مثلاً ، بالنسبة إلى المشتري من المدين للمسر كما سنرى — بجواز أن يحصل الدائنون على ثمن أكبر من ثمن المثل إذا بيع العقار في المزاد .

قائمة شروط البيع أو صدور أمر قاضى البيوع عند هذا الميعاد (م ٦١٥ مرافعات
السابقة الذكر) .

١٩٦ - بيع المعسر : من أهم مزايا شهر إعمار المدين عدم نفاذ
تصرفات المدين فى ماله (١) . فالبيع الذى يصدر من المدين المعسر بعد تاريخ
تسجيل صحيفة دعوى الإعمار لا يسرى فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة
إلى إثبات إعمار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعمار ، ودون حاجة إلى إثبات
سوء نية المدين أو سوء نية المشتري . وقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى صراحة
على هذا الحكم ، إذ تقول : « متى سجلت صحيفة دعوى الإعمار ، فلا يسرى
فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه
أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقتهم أى وفاء يقوم به المدين » .
وبلاحظ أن النص هنا لم يشترط ، ليكون البيع نافذاً فى حق الدائنين ،
أن يكون مسجلاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعمار ، فيكفى أن يكون البيع
ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة الدعوى لينفذ فى حق الدائنين ، ولو سجل
بعد تسجيل هذه الصحيفة . وهذا بخلاف ما رأيه فى البيع الصادر من المحجوز
عليه ، فإنه يجب أن يكون مسجلاً قبل تسجيل التنبية ليكون نافذاً فى حق
الدائنين .

والبيع الصادر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعمار لا يكون باطلاً أو قابلاً
للإبطال ، بل هو بيع صحيح نافذ فيما بين البائع والمشتري . ولكنه لا ينفذ
فى حق الدائنين ، شأنه شأن البيع الصادر من المحجوز عليه فيما قدمنا . فللدائنين
أن ينفذوا على العين المبيعة ، ويرجع المشتري على المدين بضمان الاستحقاق
أو بدعوى الفسخ ، وإن كان هذا الرجوع لا يجدى إذ المفروض أن المدين
معسر . وإذا ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت فى ملك المشتري ،
لأن البيع لا يزال قائماً كما قدمنا . وإذا انتهت حالة الإعمار بسبب من أسباب
انتهائه ، بقى التصرف غير نافذ فى حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين
المدين والمشتري .

على أن البيع ينفذ في حق الدائنين إذا كان بضمن المثل أو أكمل إلى ثمن المثل ، وأودع الثمن كله بما في ذلك تكملة ثمن المثل في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين . وقد نصت المادة ٢٥٨ مدنى على هذا الحكم ، إذ تقول ١٥ - يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ، ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بضمن المثل ، وأن يقوم المشتري بإبداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . ٢ - فإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير صار فى حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل ، (١)

٦٩ - بيع الأراضى الزراعية فى قانون الإصلاح الزراعى

١٩٧ - المسائل التى يثيرها قانونه الاصلاح الزراعى بالنسبة

الى بيع الاراضى الزراعية : لا تعرض هنا الى قانون الإصلاح الزراعى (٢) إلا فى بعض المسائل الهامة التى يثيرها هذا القانون بالنسبة إلى بيع الأراضى الزراعية ، لأسباب ما كان من هذه الأحكام ذا أثر دائم . فترك الأحكام الخاصة باستيلاء الحكومة فى خلال الخمس السنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقها المالك لنفسه وما يتجمع حولها من مسائل متعددة ، وترك الأحكام الخاصة بالتعويض الذى تدفعه الحكومة لملك الأراضى الزراعية فى مقابل الاستيلاء على أراضيهم ، والأحكام الخاصة بتوزيع الأراضى المستولى عليها على صغار الفلاحين وتقدير أثمانها وكيفية دفع الثمن ، والأحكام الخاصة بمجمعات التعاون الزراعى ، فكل هذه تخرج عن نطاق البحث فى عقد البيع فوق أنها أحكام تنقسم كثيراً أو قليلاً بالوقفية (٣) .

(١) ونظير هذا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدنى فى الدعوى الوصلية من أنه إذا كان من تلق حقاً من الدين المعسر لم يدفع منه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإبداعه خزانة المحكمة .

(٢) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢

(٣) انظر فى ذلك أحكام الإصلاح الزراعى للأستاذ عثمان حنين عداقه . وشرح قانون الإصلاح الزراعى للأستاذ محمد على عرفة والبيع . للأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٠٤ .

ونقتصر هنا على بحث المسألتين الآتيتين ، وهما ذاتنا صفة دائمة وتدخلان في نطاق عقد البيع : (١) القاعدة الأساسية التي وضعها قانون الإصلاح الزراعي من عدم جواز امتلاك الشخص لأكثر من مائتي فدان ، وبطلان كل عقد يخالف هذا الحكم . (٢) الحد من تجزئة الأراضي الزراعية (١) .

١٩٨ - محرم جواز نزال أكثر من مائتي فدان : تنص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي على أنه لا يجوز لأي شخص أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله (٢) . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلا

(١) أما تحديد علاقة مستأجر الأرض الزراعية بمالكها وحقوق العامل الزراعي ، فهذه أحكام دائمة هي ، ولكلها لا تدخل في نطاق عقد البيع ، ومكان بحثها هو عقد الإيجار وعقد العمل .

(٢) وتنص المادة الثانية على ما يأتي : « استثناء من حكم المادة (١) يجوز لشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتي فدان من الأراضي التي تستصلحها لبيها ، وذلك على الوجه المبين في القوانين والتراتج . (ب) ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتي فدان من الأراضي البور والأراضي الصحراوية لاستصلاحها . ولا يسرى على هذه الأراضي حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك ، هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة . (ج) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً للاستغلال الصناعي ولو زاد على مائتي فدان . (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً لتحقيق أغراضها ولو زاد على مائتي فدان . (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك من الأراضي الزراعية ما يزيد على مائتي فدان على ألا تتجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره . ويجوز لها التصرف في القدر الزائد على مائتي فدان وفقاً لأحكام المادة ٤ ، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدي إليها التبرع نقداً على أساس حكم المادة ٤ . (و) ويجوز أيضاً للدائن أن يمتلك أكثر من مائتي فدان إن كان سبب الزيادة هو نزوح ملكية مدينه وهو المزايد على الدائن طبقاً لمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات ، ويجوز للحكومة بعد مضي سنة من تاريخ وهو المزايد أن تستول على الأطنان الزائدة على مائتي فدان بالتمسك بها أو به المزايد أو نظير التبرع المحدد في المادة ٥ أيها أمثل . وإل أن تستول الحكومة على الزيادة يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون قيد بشروط المادة ٤ . وكذلك يستثنى الوفاء » .

من مصادرة ثمن الأراضي الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يعتمد من مالكي الأراضي التي يتناوذا حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها (١) .

وبمخلص من هذه النصوص أنه لا يجوز لشخص أن يملك من أراضي مصر الزراعية أكثر من مائتي فدان أياً كانت درجة جودتها ، فالعبارة بعدد الأطنان لا تربيتها . فإذا كان شخص يملك - يوم نفاذ القانون وهو يوم ٩ صبتبر سنة ١٩٥٢ بل وقبل ذلك إلى يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ إذ أنه لا يعتد بتصرفات المالك التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ (م ٣) - أكثر من مائتي فدان ، استولت الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان التي يستقيها المالك لنفسه (م ٣) . وبعد ذلك لا يجوز للشخص ، وقد أصبح لا يملك أكثر من مائتي فدان ، أن يكسب بأى سبب من أسباب كسب الملكية أى أرض زراعية فوق مائتي الفدان إذا كان يملك هذا المقدار ، أو أى أرض زراعية تجعل ما يملكه أكثر من مائتي فدان إذا كان يملك أقل من هذا المقدار .

وهو يكسب من الأراضي الزراعية ما يزيد على النصاب إما بسبب إرادى من جهته وذلك بالعقد أو بالشفعة ، وإما بسبب غير إرادى من جهته أو بواقعة مادية وذلك بالميراث والوصية والتقادم .

١٩٩ - التملك بالميراث والوصية والتقادم : فإذا كان الشخص

يملك مائتي فدان أو أقل ، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم ، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان ، صح التملك ،

(١) ومن أهم أسئلة التعليق أن يثنى المالك ما يملكه من أطنان تزيد على القدر المسوح باستلاكه : كأن يقدم إقراراً غير صحيح بما يملك ، أو كأن يصطنع عقوداً صورية بسمى من ورائها إلى التهرب من أحكام القانون . ومتى تكشفت الحقيقة استولت الحكومة على ما كان يجب الاستيلاء عليه من الأراضي الزراعية مع مصادرة ثمن هذه الأطنان فلا يدفع شيء للمالك ، ويعاقب هذا فضلاً عن ذلك بالحبس . وقد يمد بعض الملاك إلى إفساد الأرض التي تستول عليها الحكومة ، فيخربها بالخط من معدنها أو باضماف تربتها أو باتلاف ملحقاتها من هرب ومبان وزرايب ونحو ذلك حتى يفوت حل من يملكها من بعده كمال الانتفاع بها ، فهذا أيضاً يعاقب بالحبس .

لأنه تم إما بتصرف قانوني لإجلائه بارادة المالك وهذه هي الوصية ، وإما بواقعة
مادية لا تصرف قانوني وهذا هو الميراث أو التقادم . ولكن تستولى الحكومة ،
بعد أن أصبح الشخص يمتلك أكثر من مائتي فدان ، على ما يزيد على هذا المقدار
بالطرق والإجراءات التي نص عليها قانون الإصلاح الزراعي . وقد نصت
المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن « كل شخص أصبحت
مساحة الألبان التي يملكها أو يضع اليد عليها تزيد على مائتي فدان بأى سبب ،
كالميراث أو الوصية أو القسمة أو غير ذلك ، يلزم بتقديم الإقرار سالف الذكر
(وهو إقرار يمهّد للاستيلاء على ما يجاور مائتي الفدان) خلال شهرين من علمه
بقيام سبب الملكية » (١) .

٢٠٠ - **التملك بالعقر** : أما إذا تملك الشخص بالعقد - والغالب أن
يكون عقد بيع ولكن قد يكون عقداً آخر كالمقايضة (٢) والهبة - ما يجعل
الأراضي الزراعية التي يملكها أكثر من مائتي فدان ، فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً
ولا يجوز لمصلحة الشهر أن تسجله ، كما هو صريح نص المادة الأولى من قانون
الإصلاح الزراعي إذ تقول : « وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر
باطلاً ، ولا يجوز تسجيله » .

ولا عبرة في بطلان العقد بحسن نية البائع أو المشتري أو بسوء نيته ، فقد
يكون أحدهما أو كلاهما حسن النية ويكون العقد مع ذلك باطلاً . على أن حسن
نية المشتري هذا لا يمكن إلا أن يكون مقترناً بالإهمال ، فالمشتري مفروض فيه
أنه يعرف مقدار ما يملك فاداً جهل ذلك كان هذا نقصيراً منه .

(١) وقد يقال إن الوصية لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز مائتي الفدان ، قياساً على عدم
نفادها فيما يجاوز ثلث التركة . ولكن هذا الحل يخالف النص الصريح الوارد في المادة ٢ من
اللائحة التنفيذية كما رأينا ، فوق أنه ينقص الوصية المستحقة للموصى له دون سبب تقرره الشريعة
الإسلامية . فيجب إذن أن يؤول إلى الموصى له جميع المقدار الموصى به مادام لا يجاوز ثلث
التركة ، وبعد ذلك تستولى الحكومة في مقابل تعويض يستحقه الموصى له على ما يزيد على مائتي
الفدان . وبذلك يتحول الزائد من الوصية لمصلحة الموصى له كما هو الواجب ، لا لمصلحة الورثة .

(٢) يفيض بدار مثلاً على أرض زراعية ، أو يقايض بقطعة أرض زراعية على قطعة أرض
زراعية أكبر منها .

وبستوى في بطلان العقد أن يكون الشخص مالكا قبل العقد مائتي فدان فيكون ما يملكه بالعقد مقدارا زائداً على النصاب الجائز تملكه ، كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائتي فدان ، أو أن يكون الشخص مالكا قبل العقد أقل من مائتي فدان ولكنه كسب بالعقد ما جعل مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان ، كما لو اشترى أربعين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائة وعشرين . وفي الحالة الثانية يكون البيع باطلا في الأربعين فدانا كلها ، لا فيما يجاوز مائتي فدان فحسب وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة ، فهو يقول : « كل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا » ، ولأن الصفقة لا تنجز فلا يمكن جعلها صحيحة في عشرين فدانا في الشروع وباطلة في العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشتري .

والعقد الذي يعتبر باطلا هو العقد الذي يصدر في تاريخ غير سابق على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ نفاذ قانون الإصلاح الزراعي ، أو العقد غير الثابت التاريخ . أما العقود الثابتة التاريخ السابقة على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ فانها تكون صحيحة ويجوز تسجيلها ، إذ ليس لقانون الإصلاح الزراعي في هذه المسألة أثر رجعي (١) . فان كان من شأنها أن تجعل المالك يجاوز حد النصاب الجائز تملكه ، استولت الحكومة على ما يجاوز هذا الحد .

٢٠١ - التملك بالشفعة : ويبدو أن الشفعة تقاس على البيع فلا يجوز لشخص ان ياخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وهو لا يستطيع أن يحضى الصفقة بحيث يقتصر على الأخذ بالشفعة فيما لا يجعله يجاوز مائتي الفدان ، لأن تجزئة الصفقة غير جائزة في الشفعة . والشفعة تنطوي على واقعة مادية ونصرف قانوني ، وهذا التصرف القانوني - وهو إرادة الأخذ بالشفعة - سبب يتعلق بإرادة المالك ، فشأنه شأن البيع في عدم جواز التملك به لما يجاوز النصاب (٢) .

(١) الأستاذ عثمان حسين عبد الله في أحكام الإصلاح الزراعي ص ١١ .

(٢) أما الصلح فله شأن آخر ، فهو كاشف عن الملكية لا منشئ لها . فإذا صالح شخص آخر ، وكان من نتيجة هذا الصلح مثلا أن أصلى الطرف الآخر داراً وأخذ منه عشرين فدانا =

٢٠٢ - المهر من تجزئة الأراضي الزراعية : تنص المادة ٢٣ من قانون

الملاح الزراعى على أنه « إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئة الأراضي الزراعية إلى خمس أو خمسة أفدنة ، سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية ، وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول إليه ملكية الأرض منهم . فإذا تعذر الاتفاق ، رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، للفصل فيما بين من يؤول إليه الأرض . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقي الأنصبة ، قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزايدة . وتفصل المحكمة في الطلب بغير رسوم » . وتنص المادة ٢٤ على أن « تفضل المحكمة الجزئية ، في أولولة الأرض غير القائمة للتجزئة ، من يحترف الزراعة من ذوى الشأن ، فإن تساوا في هذه الصفة اقترح بينهم . على أنه إذا كان سبب كسب الملكية الميراث ، فضل من يشتغل بالزراعة من الورثة ، فإن تساوا في هذه النسبة قدم الزوج فالولد ، فإذا تعدد الأولاد اقترح بينهم » (١) .

والمفروض أن من يملك خمسة أفدنة أو أقل أو أكثر ، وباع جزءاً منها أو فايض عليه أو وجه بحيث أصبح لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، وأصبح المشتري أو المقايض الآخر أو الموهوب له لا يملك هو أيضاً إلا أقل من خمسة أفدنة ، أو ورث المالك لسبعة أفدنة مثلاً عدد من الورثة بحيث أصبح نصيب كل منهم أقل من خمسة أفدنة ، أو أوصى المالك لسبعة أفدنة مثلاً بفدانين لشخص

« فزاد بذلك مجموع ما يملكه على مائتي فدان ، فإن أثر الصلاح الكاشف يجعله مالكاً للخمسين الفدان منذ البداية ثم تستول الحكومة بعد ذلك على ما يجاوز النصاب .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « إذا كانت الملكيات الكبيرة جداً غير مرغوب فيها ، فلكذلك الملكيات الصغيرة جداً : فهي تهبط بإنتاج الأرض ، وتحرّم أصحابها من مستوى المعيشة اللائق بالإنسان . ولذلك عالجنا المادتين ٢٣ و ٢٤ (الباب الثالث) مسألة تفهيم الملكية دراً لازدياد حصوله في المستقبل بسبب تزايد عدد السكان وتقسيم الأرض بالإرث وغيره من أسباب كسب الملكية . ولما كان قد رؤى أن أصغر ملكية لا ينبغي أن تقل في المستقبل عن خمسة أفدنة ، فقد نص على أنه إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئة الملكية إلى أقل من هذا القدر ، وجبت أولولة الأرض إلى واحد من لم نصيب فيها ، مع تفصيل من يشتغل منهم بالزراعة ، فإذا لم يستطع أيهم الوفاء بشئها بيعت بالمزاد العلني » .

وترك الباقي لعدد من الورثة بحيث أصبح كل من الموصى له والورثة لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، ففى كل هذه الصور تجزأت الأرض الزراعية إلى أجزاء يقل كل منها عن خمسة أفدنة .

فيجب فى هذه الحالة أن تتركز الأرض فى يد أحد هؤلاء الملاك ممن يقدر على دفع ثمن مالا يملكه ، ويكون الاختيار بانفاق الجميع . فإذا لم يتفقوا ، جاز لأحد هؤلاء الملاك أو للنبابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة ، لنتختار من بين الملاك من تؤول إليه الأرض ويكون قادراً على دفع ثمن ما لا يملك . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثمان باقى الأنصبه ، بيعت الأرض كلها بالمراد لتكون فى يد واحدة ولا تنجز ملكية الأرض الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة ، ويقسم الثمن على الملاك كل بقدر حصته . وعند اختيار المحكمة للمالك الذى تؤول إليه ملكية الأرض على النحو الذى أسلفناه ويتعدد الراغبون ، تفضل المحكمة من يحترف الزراعة فان تعدد هؤلاء اقترعت بينهم . وإذا كان سبب التجزئة الميراث ، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة ، فان تساوا كلهم أو بعضهم فى هذه الحصة ، فضل الزوج ، ثم الولد ، فان تعدد الأولاد اقترعت بينهم .

وغنى عن البيان أن من يملك أرضاً زراعية قبل يوم ١٠ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، وكان ما يملك أقل من خمسة أفدنة ، يبقى مالكا للأرض بهذا المقدار . فإذا جد سبب للتجزئة ، ابتداء من يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وجب إعمال القواعد المتقدمة الذكر .

المبحث الثانى

الثنى

٢٠٣ - الشروط الواجب توافرها فى الثمن : يجب أن يتوافر فى الثمن الشروط الآتية .

أولاً - أن يكون نقوداً .

ثانياً - أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير .

ثالثاً - أن يكون جديداً .

المطلب الأول

ب أن يكون الثمن نقوداً

٢٠٤ - تميز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي : يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن ، فإذا كان الثمن غير نقود فالتعد مقايضة .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المرسوم مهيبة تنص صراحة على هذا الشرط في البيع ، فكانت تقضى بأنه « يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من تعريف البيع (١) . وقد عرف البيع فعلاً ، في المادة ٤١٨ مدني كما رأينا ، بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

ولا يغني عن النقود شيء آخر في ثمن . حتى لو كان هذا الشيء الآخر من المثليات ، وحتى لو كان له سعر نقدي معروف في البورصة أو في الأسواق ، فتعين الثمن غللاً أو أقطاناً مسعراً في البورصة لا يجعل العقد بيعاً ، لأن الغلال وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها في البورصة لا تزال غير نقود ، فالتعد يكون مقايضة (٢) . بل تعيين الثمن أسهما أو مستندات ، وهي عادة معروفة السعر في البورصة ، أو تعيينه مبانك ذهبية ، لا يجعل العقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٠ - ص ٣١ - وانظر ما يلي فقرة ٢٠٦ من الماشر .

(٢) فلو أن شخصاً نقل إلى شخص آخر ملكية شيء لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له ، لم يكن العقد بيعاً ، بل يكون عقداً غير مسمى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٥) .

(٣) جيوار ١ فقرة ٩٢ - هيك ١٠ فقرة ٣٤ - بودري وسينيا فقرة ١٢٨ - بيدان ١١ فقرة ١١٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣١ - عكس ذلك : ديرانتون ١٦ فقرة ١٢٩ - ماركاديه ١٥٩١ .

بيعاً ، بل يكون العقد مقايضة كذلك (١) .

وإذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود ، نظر إلى العنصر الغالب . فان كان هو النقود ، كان العقد بيعاً . وإن كان هو البديل غير النقود ، كان العقد مقايضة . وعند الشك يكون العقد مزدوجاً ، فهو بيع في حدود الثمن النقدي ، ومقايضة في حدود البديل غير النقدي . فإذا اشترى شخص سيارة جديدة بألف . - ثمانية ومع هذا المبلغ بارة قديمة كانت عند المشتري قومت بثلاثمائة ، كان العنصر الغالب هنا هو الثمن النقدي ، فالعقد بيع . وإذا أعطى شخص داراً في مقابل عشرين فداً ومعها ثلثمائة ، كان العنصر الغالب هو البديل غير النقدي ، فالعقد مقايضة والثلثمائة معدل لها (soulte) . أما إذا أعطى شخص داراً في مقابل خمسة فدادين ومائة ألف ، فالعقد مزدوج ، بيع في حدود الألف ومقايضة في حدود خمسة الفدادين (٢) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ .

ولكن إذا حدد الثمن نقوداً فالعقد بيع ، حتى لو اشترط أن يدفع الثمن أسهماً أو أنطناً أو نحو ذلك بصرها في البورصة ، فيكون المشتري قد باع بالثمن الذي في ذمته الأسهم أو الأنطنان المشتركة (أوبرى ورو . فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٢٤) - كذلك يكون العقد بيعاً إذا حدد الثمن نقوداً ثم حول المشتري البائع حقاً له من النقود في ذمة أجنبي ، أو استوفى المشتري حقاً له في ذمة البائع نفسه بمقابل هو الثمن الذي في ذمته (أنسيكلوبيدى دالوز . لفظ vente فقرة ٤٤٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٤) .

أما في الفقه الإسلامى فالبيع أوسع نطاقاً ، إذ أن له صوراً أربعة : (١) مبادلة عين بدين وهذا هو البيع المطلق (٢) مبادلة عين بعين وهذه هي المقايضة (٣) مبادلة دين بعين وهذا هو السلم (٤) مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز . لفظ vente فقرة ٤٤١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٩ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٤ : ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامه زكر فقرة ١٠٠ =

٢٠٥ - يصح أنه يكون الثمن إبراداً مؤبداً أو مدى الحياة، ويمكن أن يكون الثمن نقوداً، وليس من الضروري أن يكون رأس مال. فقد يكون الثمن إبراداً دائماً أو إبراداً مرتباً مدى الحياة، ما دام هذا الإبراد نقوداً (١).

فيصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود، وأن يضاف في الوقت ذاته وفي نفس عقد البيع على تحويل هذا المقدار إلى إبراد مؤبد (rente perpétuelle) أو إلى إبراد مرتب للبائع مدى حياته (rente viagère). كما يصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن رأساً إبراداً مؤبداً أو إبراداً مرتباً مدى حياة البائع. ففي الحالتين لا يكون الإبراد المؤبد أو الإبراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلاً، وإنما يكون ركناً في عقد البيع هو الثمن (٢).

= وانظر أيضاً المادة ٨٣ مدني - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للسادة ٨٥ مدني، وتشير المذكرة إلى المادة ٨٣ مدني وهي تجوز أن يكون في المقايضة معدل من النقود كمعدل النسبة، ثم تقول: «على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً» (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٨).

(١) والصفة الاحتمالية، فيما إذا كان الثمن إبراداً مرتباً مدى الحياة، إنما تثبت لمقدار الثمن لا للثمن في ذاته (دي باج ٤ مقالة ٣٥ - الأستاذ محمد كامل مرسي فترة ٩٥ ص ١٧٣). (٢) وإذا كان الثمن إبراداً مؤبداً وأريد استبداله، فإن كان هناك ثمن قدر في عقد البيع وحول في العقد نفسه إلى إبراد مؤبد، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذي كان قد قدر أولاً في عقد البيع، إلا إذا اتفق على مبلغ أقل، أما إذا كان الشبايمان قد اتفقا على أن يكون الثمن رأساً إبراداً مؤبداً، فرأس المال الواجب الرد يكون مبلغاً من النقود فائدته محسوبة بالسعر المتفاوت مساوية للإبراد. وهذا الحكم مستفاد من المادة ٥٤٨ مدني وتنص على ما يأتي: «إذا رتب السجل مقابل مبلغ من النقود، ثم الاستبدال يرد المبلغ بتمامه، أو يرد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك». ٢ - وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر المتفاوت مساوية للدخل». وانظر في هذا المعنى بودري وسيشيا فترة ١٢٨ مكررة.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا كان الثمن رأساً إبراداً مؤبداً أو إبراداً مؤتلفاً، فإنه يشمل لا في أنساق الإبراد بل في حق الإبراد ذاته، ومن ثم يكون العقد مقايضة (بيدان ١١ فترة ١١٣ - الأستاذ سليمان مرسي فترة ٨٧). ولكن هذا الرأي لم يصد في الفقه ولا في القضاء، ولم يأخذه المشرع المصري (انظر المادتين ٥٤٥ و ٧٤١ مدني - وانظر الأستاذ أنور سلطان فترة ١٣٥ - الأستاذ جميل الشرفاوي فترة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ١٥).

وسنبحث الإبراد المؤبد والإبراد المرتب مدى الحياة في مكان آخر ، ويمكن أن نشير هنا إلى أن المادة ٧٤٣ ملغى تقضى بأن عقد البيع الذي يكون الثمن فيه إبراداً مرتباً مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً . فالكتابة هنا ركن شكلي في البيع .

ولا يعتبر إبراداً نقدياً مرتباً مدى الحياة ، ومن ثم لا يصح أن يكون ثمناً ، أن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه داراً مثلاً في مقابل أن الآخر يعول الأول فيقوله له المسكن والطعام والكسوة وما إلى ذلك من النفقة (bail à nourriture) . ذلك أن التزام الآخر بأن يعول الأول ليس محله نقوداً وإن أمكن تقديره بمبلغ من النقود ، وإنما هو التزام بعمل . بل إن العقد لا يكون هنا مقايضة ، لأن التزام كل من المتقاضين يجب أن يكون التزاماً بنقل ملكية أو حق عيني ، والالتزام هنا كما قدمنا التزام بعمل . فالعقد إذن ليس بيعاً ولا مقايضة ، وإنما هو عقد معاوضة غير مسمى ، يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يعول المتعاقد الآخر في مقابل عوض يأخذه منه (١)

المطلب الثاني

يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

٢٠٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٣ من التفنين المدني على ما يأتي .

١- يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد .

(١) لوران ٢٤ فقرة ٦٨ - جيوار ١ - فقرة ٩٥ هيك ١٠ فقرة ٣٤ - أوربي ورو . فقرة ٣٤٩ هاش ٢٣ - بودري وسبينا فقرة ١٢٨ ص ١٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ١١٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٤ .

٢٥ - وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية .

وتنص المادة ٤٢٤ على ما يأتي :

« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويّا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما (١) » .

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لانفاقها مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٩١ - ٣٩٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٢٣ : ورد هذا النص في المادة ١٣٠ هـ من المشروع التمهيدى ، وكان المشروع يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » . فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف البيع الوارد في المادة ١٨ : مدنى ، وأدخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقى من النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣٦٦ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠ - ص ٣١) .

م ٤٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٤ هـ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٣٧ في المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٤ : (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ - ص ٣٤) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادتين ٤٢٣ ، ٤٢٤ : « هذان نصان لا فظير لهما في التقنين الحال وهما وإن كان حكمهما يمكن استفادته من القواعد العامة ، يعالجان مسائل عملية يجدر أن تكون لها حلول تشريعية ، أنظر التقنين الألمانى م ٥٥٣ وتقتين الالتزامات السويسرى م ٢١٢ فترة أولى والتقتين البولونى م ٢٩٦ والتقتين البرازيلى م ١١٢٤ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢) .

٤١٢ - ٤١٣ - وفي التفتين المدني العراقي المواد ٥٢٦ - ٥٢٩ - وفي تفتين
المرجبات والعقود للسائق المادة ٣٨٦ (١) .

٢٠٧ - تقرير الثمن أو قابليته للتقدير يجب أنه يكون بانفاص
بين المتبايعين : ولما كان الثمن هو أحد على البيع ، فيجب ، كما هو الأمر
في كل عمل للالتزام ، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين . وتعين الثمن أو قابليته

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٩١ - ٢٩٢ (مطابقتان
لصادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التفتين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ
مصطفى الزرقا فقرة ٦٧ - فقرة ٧٩)
التفتين المدني الليبي م ٤١٢ - ٤١٣ (مطابقتان لصادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التفتين المدني
المصري) .

التفتين المدني العراقي م ٥٢٦ : ١ - الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة . ٢ - ويلزم
أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة .
م ٥٢٧ : ١ - في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد ، ويجوز أن يقتصر
التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد .

٢ - (هذه الفقرة مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التفتين المدني المصري) .
م ٥٢٨ : (مطابقة لقاعدة ٤٢ : من التفتين المدني المصري) .
م ٥٢٩ : ١ - زيادة المشتري في الثمن وتزويل البائع من الثمن أو زيادته في المبيع بعد العقد
يصح ، وتلتحق الزيادة والتزويل بأصل العقد . ٢ - وما زاده المشتري في الثمن يعتبر في حق
العاقدين لا في حق الشفع ، وما حله البائع من الثمن يجعل الباقي بعد الخط مقابلاً لكل المبيع حتى
في حق الشفع ، وما زاده البائع في المبيع يكون له حصة من الثمن . ٣ - وللبائع أن يحيط جميع
الثمن قبل القبض ، ولكن لا يعلق هذا الخط بأصل العقد . فلرأياً البائع المشتري من جميع
الثمن وأخذ الشفع المبيع ، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى . [وهذا النص لا نظير له في التفتين
المدني المصري ، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي ، ويتفق مع القواعد العامة] .

[ويلاحظ أن التفتين المدني العراقي أخذ في البيع بالمعنى الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي ،
فأصبحت المقايضة فيه نوعاً من أنواع البيع ، أما البيع بشئ نقدي فبهاء البيع المطلق : م ٥٢٧
عراق - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١١ - فقرة ١٢٣ -
الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٩٢]

تفتين الموجبات والعقود للسائق م ٣٨٦ : يجب أن يعين المتعاقدون ثمن المبيع - ويجوز أن
يفرض تعيين الثمن إن شخص ثالث ، وفي هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث عن
تقدير الثمن فلا ينقذ البيع . [ولا فرق في هذه الأحكام بين التفتين السائق والسائق المصري] .

(م : ٢٠ - الوسيط ج : ٤)

للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين ، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر . لا يستقل به البائع ، لأنه قد يشترط فيغن المشتري . ولا يستقل به المشتري ، لأنه قد يبخر الثمن فيغن البائع (١) . فلا بد إذن أن يكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين متفقاً عليه بين المتبايعين (٢) . ولا يكفي في ذلك أن يبيع البائع الشيء بما يساويه من القيمة أو بشئ عادل ، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذي يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين ، والبيع على هذا النحو يكون باطلاً لعدم تقدير الثمن (٣) . ولكن ليس من الضروري أن تكون القيمة مقسرة فعلاً باتفاق المتعاقدين ، بل يكفي أن تكون قابلة للتقدير باتفاقهما ، كأثر متفقاً على أجنبي لتقدير الثمن (٤) وسيأتي بيان ذلك .

(١) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلاً ، جاز أن يكون هذا ، تبعاً للظروف ، تحديداً كافياً . فإذا حدد المتعقد ثمناً غير عادل ، أو انتزع عن التحديد ، أو أبطل فيه ، جاز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقضاء لتحديد الثمن العادل (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص ١٢٨) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن ما اتفق عليه المتعاقدان ليس في الواقع من الأمر إلا أن يكون الثمن عادلاً ، ولا يكفي في تحديد الثمن ، كما سنرى ، بأن يقتصر المتعاقدان على التبايع بشئ عادل (الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٢٩ - وقارب الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧) .

(٢) على أن مقدار الثمن قد يكون مفروضاً على البائع ، كما في حالة التسعير الجبري وفي حالة تسعير المرافق العامة كمياه والغاز والنور وفي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة . وقد يشترط البائع بالجملة على البائع « بالقطاعي » سعراً معيناً يبيع به ولا يزيد عليه حتى تروج السلعة ، ويمكن القول في هذه الحالة إن البائع بالجملة قد اشترط لمصلحة المستهلك ، ولهذا أن يطالب البائع « بالتقدير » أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين (قارب : بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢٣٧٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٨٥ - بيدان ١١ فقرة ١١٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٧٠٨ - فقرة ٧٠٩) . وانظر في أن السعر الإلزامي للعملة له تأثير في فرض الثمن أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٦٧٤ - فقرة ٦٩٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥١ - الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٣٣ .

(٣) أوبري ورو ه فقرة ٣٤٩ ص ١٨ - بودري وسينيا فقرة ١٣٢ ص ١٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦ ص ٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١١٢ .

(٤) ولا يكون بيعاً المقدر الذي جعل فيه الثمن هو المقدار الذي يمرضه أجنبي على صاحب السلعة ، بل يكون هذا شرط تفضيل *pacte de préférence* يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجنبي يمرض في السلعة ثمناً يرتضيه صاحبها ، فيلتزم هذا الأخير بتفضيل =

٢٠٨ - قابلية الثمن للتقدير . الأسس التي يقوم عليها التقدير .
وليس من الضروري أن يكون الثمن مقدراً ، بل يكفي كما قدمنا أن يكون قابلاً للتقدير ، مادامت الأسس التي يقوم عليها تقديره متفقاً عليها بين المتبايعين (١) .

ويمكن تصور أسس محتاتمة يقوم عليها تقدير الثمن . ذكرها المشرع اثنين في المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدني السالفي الذكر ، ونضيف إليهما اثنين آخرين ، فنستعرض الأسس الأربعة الآتية : (١) أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع المبيع . (٢) أن يكون الأساس هو سعر السوق . (٣) أن يكون الأساس هو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين . (٤) أن يترك التقدير لأحسنى يتفق عليه المتعاقدان .

٢٠٩ - أساس التقدير الثمن الذي اشترى به البائع - المراجعة

والثروة الاشراك والرضيعة : قد يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذي يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع . فيشترى المشتري بمثل ما اشترى البائع أو بأكثر أو بأقل (٢) . وفي هذه الحالة يكون الثمن الذي اشترى به البائع المبيع أمراً جوهرياً لا بد من التثبت منه حتى يقدر على أساسه الثمن الذي اشترى به المشتري المبيع من البائع . وعلى البائع أن يبين هذا الثمن ، وللمشتري

= الأول على الأجنبي في بيع السلعة له بالثمن الذي يعرضه الأحسن (مودري ، سبينا
فقرة ١٢٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصور فقرة ٢) .
واشترط تعديل الثمن تبعاً لطاريء معين جائز ، ولكن إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن
في تاريخ قال لم يتخذ البيع إلا عند تحديد الثمن (دي باج ٤ فقرة ٢٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى
فقرة ١٠٢ ص ١٧٧ - ١٧٨) .

(١) بيدان ١١ فقرة ١١٥ - بلانيول وريبير وبولابجيح ٢ فقرة ٢٣٨٩ - كولان
وكابيتان ٢ فقرة ٨٧١ - جوران ٢ فقرة ١٠٢٤ .

(٢) أو يجوز أن يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين ، أو ثمن - الزائمان
التي يباع بها التاجر في وقت معين أو على أساس التسعيرة الرسمية (الأستاذ سليمان مرسى
فقرة ٨٩ ص ١٢٧) .

أن ثبت أن الثمن الذى بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقى وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومن بينها البينة والقرائن (١) .

ولهذه الصور من البيع مكان خاص فى الفقه الإسلامى ، ويطلق عليها فيه « بيعات الأمانة » ، وتشتمل على ١ - أربع هي : بيع المراجعة وبيع التولية وبيع الإشراف وبيع الوضعية . وقد أخذها عن الفقه الإسلامى التقنين المدنى العراقى ، فنصت المادة ٥٣٠ من هذا التقنين على أنه ١ - يجوز البيع مراجعة أو تولية أو إشرافاً أو وضعية . ٢ - والمراجعة بيع بمثل الثمن الأول الذى اشترى به البائع من زيادة ربح معلوم ، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والإشراف تولية بعض المبيع ببعض الثمن ، والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه . ٣ - ويلزم فى هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرراً عن الحياة والتهمة .

وقد كتبنا عن هذه البياعات فى الفقه الإسلامى ما يأتى (٢) : « حدد الفقه الإسلامى منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة فى التعامل إلى أبعد مدى ، ولا يسمح فيها بأى غش ، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وقدليساً . وهذه هي ما تسمى ببياعات الأمانة . فيفسح فيها الفقه الإسلامى السبيل لمن قلت خبرته فى التعامل ، أو فى ضرب يقوم عليه من ضرره ، أن يتوقى غش الناس إياه ، بأن يتابع معهم على حدود مرسومة ، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريباً .. وجملة القول فى بياعات الأمانة هذه أن المبتاع ، وهو يحتكم إلى ضمير البائع وبطمئن إلى أمانته ، يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذى اشترى به البائع نفسه هذه السلعة . فاما أن يزيد فيها قدرأ معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصلى ، ويسمى البيع مراجعة . وإما أن ينقصه قدرأ معلوماً يطرح من الثمن الأصلى ويحمل البائع فيه الخسارة ، ويسمى البيع وضعية . وإما ألا يزيد ولا ينقص ، بل يشترى السلعة بمثل ثمنها الأصلى ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة ، أو

(١) ذلك أنه يثبت واقعة مادية ، إذ شراء البائع للمبيع بشئ معين يعتبر بالنسبة إلى المشتري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، فضلاً عن أن اتبيان الصادر من البائع بشئ أعلى من الثمن الحقيقى ينطوى على غش والنش يثبت بجميع الطرق .

(٢) أنظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ .

إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن ... ولا يكتفى من البائع ببيان
مجعل من الثمن ، بل يجب عليه أن يبين ما أحاطه الثمن من ملابسات وما اقترن
به من أوصاف . فبين إن كان الثمن معجلاً أو نسيئة ، مؤجلاً أو منقسطاً . ثم
يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً أو بدلين له على بانه ، وإن كان بدلين فهل
دفعه عن طريق الماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح . ثم يذكر إن كانت
السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها أو هي تبعت ، وما إذا كان العيب
حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدر . كل هذه أوصاف وملابسات
تؤثر في رضا المشتري بالصفقة ، والكذب فيها أو الانقاص منها يجعل البيع
مشوباً بانعش والتدليس .

وغنى عن البيان أن الأمر في القانون المصري يتوقف على نية المتبايعين . ومن
قصدا التأسيس على الثمن الأول بكل ما أحاطه من ملابسات على النحو المتقدم
الذكر ، وجب الاعتداد بهذه الملابسات ، ويترتب على ذلك أن البائع إذا كتم
شيئاً منها كان هذا تدليساً وجاز إبطال البيع (١) . وإن قصداً مجرد التدليس على
الثمن الأول دون نظر إلى هذه الملابسات ، وجب على المشتري قبول المبيع بثمنه
التي اشتراه بها وأن يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق . وإن دفع
للبيع ثمناً أكثر مما ارتضاه ، سواء كان ذلك بفشل من البائع أو بدون عش
منه ، كان له أن يرجع عليه بما دفعه زيادة على المقدار الذي ارتضاه (٢) . ويجوز

(١) وقد نصت المادة ٢/١٢١ من القانون المدني العراقي على أنه « يعتبر تعريضاً لعدم البيان
في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة والتدليس ، كالحياة في المراجعة والتولية
والإشراك والوصية » .

(٢) وهذا هو قول أبي يوسف في المذهب الحنفي ، ويبدو أنه أكثر الأقوال انطباقاً على القواعد
العامة في القانون المصري . وفي الفقه الإسلامي أقوال أخرى في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب
تتبن من النصوص الآتية :

جاء في الهداية (فتح القدير ٥ ص ٢٥٦) وهي من كتب الفقه الحنفي : « فإن أطلع المشتري
على خيانة في المراجعة ، فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ،
وإن أطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله يخط فيها . وقال
محمد رحمه الله يخر فيها . لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً . والتولية والمراجعة
ترويح وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة ، فيخبر بفواته . ولأبي يوسف
رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومراجعة ، ولهذا يتقدم بقوله وليك بالنسبة الأول أو بمنك =

شترى أن يرجع على البائع بتعويض إذا وقع من البائع غش أو تقصير في بيان الأول .

راجحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً ، فلا بد من البناء على الأول وذلك بالخط ، غير أنه يحط في التولية قدر الحياطة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح . ولأن حنيفة زعم أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى توكيلة لأنه يزيد على الثمن الأول فيتخير التصرف فتعين الخط ، وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتخير التصرف فأمكن القول بالتصوير .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٦٢ - ص ٢٦٤) وهو من كتب الفقه المالكي : « لا يجوز الكذب في التصريف بالثمن . فإن كذب ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن ، فالمشتري مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يردده ، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما يتزحها من الربح فيلزمه الشراء . »

وجاء في المهذب (جزء أول ص ٢٨٨ - ص ٢٩٠) وهو من كتب فقه الشافعي : « ومن أسرى سلمة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه ... وإذا ظهر أن رأس المال مائة وباع على وبيع درهم في كل عشرة ، ثم قال أعطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين ، فالبيع صحيح . . وأما الثمن الذي يأخذه به ففيه قولان : أحدهما أنه مائة وعشرة ، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة ، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً . والثاني أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح ، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية . وبخالف العيب ، فإن عيب الثمن هو المسمى في العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح ، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة . فإن قلنا إن الثمن مائة وعشرة ، فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار . »

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ١ ص ١٠٠ - ص ١٠٢) وهو من كتب الفقه الحنبلي : « السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمراجعة والمراخمة . . فإن باعه السلمة مراجعة ، مثل أن يخبره أن ثمنها مائة وبيع عشرة ، ثم علم بينة أو إقرار أن ثمنها تسعون ، فالبيع صحيح ، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع النسخة ناعيب . والمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم ، فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً . وهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قول الشافعي . وقال أبو حنيفة بخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً من أعيب . »

ويخلص من هذه التصور أن قول أبي يوسف في الفقه الحنفي والقول الصحيح في فقه الشافعي والمنصوص عليه في الفقه الحنبلي ، أنه كلها تنعيب إلى أن المشتري يسترد من البائع ما دفعه زيادة على ما ارتضاه من الثمن ، وهذا هو المتفق مع القواعد العامة في الفقه الفروي كما قلنا . وهناك أقوال أخرى في المذاهب المختلفة ، أبرزها أن المشتري يكون بالخيار بين أن يستبقى المبيع بكل =

وبخلص مما قدمناه أن ما يسمى ببيع الأمانة في الفقه الإسلامي حكمه في القانون المصري هو ما يأتي : إذا كنتم البائع عن المشتري بعض الملابسات الجوهرية للثمن ، كأن قال مثلاً إنه اشترى بمائة معجلة وكان الثمن مؤجلاً أو مقطاً ، كان هذا غشاً من البائع ، وجاز للمشتري إبطال البيع لتدليس وإذا لم يكن البائع عن المشتري شيئاً من هذه الملابسات الجوهرية ، ولكن أثبت المشتري أن الثمن الأول الذي ذكره البائع أعلى من الحقيقة ، كان البيع صحيحاً ، ولكن يحط من الثمن المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الربح إن كان البيع مراجعة ، أو المقدار الزائد من رأس المال فقط إن كان البيع تولية أو إشراكاً ، أو المقدار الزائد من المال وما يناسبه من الخفض إن كان البيع وضيمة . وهذا المقدار الزائد وما يتبعه يسترده المشتري من البائع إن كان قد دفعه ، ولا يلزم بدفعه له إن لم يدفعه . وللمشتري في جميع الأحوال أن يرجع بتعويض على البائع إذا أثبت في جانبه غشاً أو نقصيراً (١) .

٢١٠ - أساس التفسير سعر السوق : وقد ينشئ المتبايعان على أن

يكون الثمن هو سعر السوق . فهنا الثمن غير مقدر ، ولكنه قابل للتقدير ، ويمكن تقديره بالرجوع إلى سعر السوق . فان كان المتبايعان قد اتفقا على سوق في مكان معين وفي زمن معين ، كان سعر هذه السوق هو المعتبر . أما إذا اقتصر على ذكر سعر السوق دون أن يبيناً أية سوق ، فقد افترضت الفقرة الثانية من المادة

٥ الثمن أو أن يفسخ البيع . وإذا أخذنا بالقول الأول ، وكان البيع مراجعة ، كأن كان الثمن الأول مائة ويزيد عشرة مراجعة ، ثم يتبين أن الثمن الأول تسعون لأمائة ، وجب حط العشرة من رأس المال وما يناسب العشرة من الربح وهو واحد ، فيكون الثمن تسعة وتسعين . وإذا كان البيع تولية أو إشراكاً ، حططنا العشرة من رأس المال . وإذا كان البيع وضيمة ، كأن كان الثمن الأول مائة وينقص عشرة وضيمة ، ثم يتبين أن الثمن الأول تسعون ، فإدام قد اشترى المائة تسعين ، ثم ظهر أن الذي اشتراه هو تسعون فقط ، فإنه يشترى التسعين بواحد وثمانين .

أنظر في بيانات الأمانة مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٧١ ومراجع الفقه الإسلامي المذكورة فيه .

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٠ - فقرة ١٣٢ .

٤٣٣ مدنى ، كما رأينا ، أنهما قصدا « سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري » (١) . فإذا باع شخص غللا بسعر السوق ، وكان التسليم فى شهر أكتوبر ، فالمفروض أن المتبايعين قد قصدا أن يكون الثمن مطابقاً لسعر الغلال فى بورصة الاسكندرية فى شهر أكتوبر . فإذا كان التسليم فى كفر الزيات ، كانت السوق هى سوق كفر الزيات ، إذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة (٢) . وإذا كان التسليم فى قرية صغيرة ليس فيها سوق منظمة ، وجب الرجوع إلى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية ، - يقضى العرف فى هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هى الأسعار السارية . وهذا كله قد نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ مدنى ، كما رأينا إذ نقول : « وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية » . وهذا النص مأخوذ عن التقنين المدنى الألمانى (م ٤٥٣) وتقنين الالتزامات البولونى (م ٢٩٦) ، ويتضمن حكماً معقولاً يتفق مع القواعد العامة (٣) .

٢١١ - أساس التفسير السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى

على التعامل بين المتبايعين : وقد لا يحدد المتبايعان ثمناً للبيع ، وسرى أنهما إذا لم يحددا الثمن أصلاً كان البيع باطلاً لانعدام ركن من أركانه . ولكن قد يكون مكروهما عن تحديد الثمن ينطوى تبعاً للظروف والملاسات التى أحاطت

(١) ومكان تسليم المبيع هو المكان المتفق عليه - فإن لم يوجد اتفاق فالمكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع إذا كان للبيع شيئاً معينة بالذات ، وإلا فوطن البائع أو مركز أعماله وقت وجوب التسليم (م ٣٤٧ مدنى) . وزمان التسليم هو الوقت المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق وجب التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع (م ١/٣٤٦ مدنى) . وإذا وجب تقدير المبيع للمشتري ، كان مكان التسليم هو المكان الذى يصل فيه المبيع إلى المشتري (م ٤٣٦) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٠ ص ٥٥

(وإذا تعددت أسعار اليوم فى البورصة ، فالسعر المتوسط) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ -

ص ٢٢ . وانظر م ١/٢١٢ من تقنين الالتزامات السويسرى .

التعاقد، على اتفاق ضمنى على أن يترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة .
فهنا أيضاً يكون الثمن قابلاً للتقدير ، بالرغم من أن المتبايعين لم يقدراه . ويرجع
في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار ، سواء كان هذا السعر هو سعر
البورصة أو سعر الأسواق المحلية في مكان تسليم المبيع أو غيره من الأماكن .
والعبرة هنا ليست بقيمة المبيع في ذاته ، بل بسعره المتداول في الأسواق ، سواء
كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية (١) . وإذا لم يتبين للقاضي في
وضوح السعر المتداول في الأسواق ، كان له أن يلجأ في تبينه إلى خبير
من التجار .

وقد يظهر من الظروف والملابسات أن المتبايعين قد اتفقا اتفاقاً ضمنياً على
أن يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما ، فيرجع إلى هذا السعر
في تحديد الثمن . فإذا كان بين المتبايعين سابق تعامل ، بأن كان أحدهما قد اعتاد
أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق ،
فاستمرار الأول في توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما
متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذي
جرى عليه التعامل بينهما .

وهذا كله قد نصت عليه صراحة المادة ٢٤٤ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول :
« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين

(١) ويعرف الفقه الإسلامي بيع الاسترسال ، وفيه يتأمن المشتري - ويكون عادة
لا دراية له بالأسواق أو بالسلعة التي يشتريها - البائع فيشتري منه السلعة بما تباع به الناس
أي بالسعر المتداول في التجارة . وقد كتبنا عن هذا البيع في الفقه الإسلامي ما يأتي : « وإلى
جانب بيعات الأمانة - وفي نفس المنطقة التي تسود فيها نزاهة التعامل - يعرف الفقه المالكي
والفقه الحنلي بيعاً آخر هو بيع المرسل أو المتأمن . وفيه يكشف العاقد عن خيئة نفسه ،
ويبين أنه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، وأنه يتأمن المتعامل معه ويستنصحه
ويسترسل إلى نصحه ، وبطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تباع به الناس أو تشتري .
فالأساس هنا ليس هو الثمن الأصل كما في بيعات الأمانة ، بل هو سعر السوق . فإذا لم يصدق
المتعامل معه ، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق ، بل كذب عليه في ذلك وغبنه ، فإن هذا
الكذب وحده يعتبر غشاً وتديلياً يوجب للعاقد خيار الرد » (مصادر الحق في الفقه الإسلامي
للثولت جزء ٢ ص ١٧٥ - وانظر الخطاب جزء ٤ ص ٤٧٠ - والشرح الكبير للرددير
« أمش السوق جزء ٢ ص ١٤١ ص ١٤٢ - والشرح الكبير على متن المقنع جزء ٤ ص ٧٩) .

و الظروف أن المتعاقدين قد نوباً اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر
للذى جرى عليه التعامل بينهما (١).

٢١٢ - ترك التقدير للأجنبي بنفسه عليه المتبايعان: وقد يترك المتبايعان
تحديد الثمن لأجنبي يتفقان عليه عند البيع (٢) ، فبصح ذلك ، لأن الثمن هنا
وإن لم يقدره المتبايعان إلا أنهما جعلاه قابلاً للتقدير . وما يقدره الأجنبي ثمناً
للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري ويكون هو الثمن ، لأن الأجنبي مفوض
من المتبايعين في تحديد الثمن ، فهو وكيل عنهما في ذلك وبسرى تقديره في

(١) وهذا النص هو اخل الذى أورده تقنين الالتزامات البولونى فى المادة ٢٩٨ منه ، وهو
حل يتفق مع القواعد العامة (المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال
التحضيرية ٤ ص ٢٢) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه قد جرت العادة فى سوق القطن أن يباع القطن
أو البلرة بسعر يحدده البائع فيما بعد فى ميعاد يملن به المشتري ، فيقطع السعر يوم الاعلان
... أسعار الكونترات أو بحسب السعر الجارى اخل ، ويخصم من الثمن الذى يحدد على
هذا النحو ما عسى أن يكون المشتري قد سجله يوم البيع (١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦
ص ١٠١) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثمن يحدد بسعر البورصة فى اليوم الذى يبيعه
المشتري ، ثم أفلتت البورصة بقرار من الحكومة فأصبح متعذراً تحديد الثمن ، فإذا لم يتفق
المتبايعان على طريقة أخرى لتحديد الثمن لم يحز للمحكمة أن تتولى هى نفسها هذا التحديد
ولو بطريق قريب من سعر البورصة ، ويسقط البيع لعدم تحديد الثمن (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٨
م ٣٠ ص ١٣٧) . وقضت بأن حق البائع فى تحديد الثمن بعد الميعاد الأخير لتسليم آخر
دفعة من القطن لا يجوز استماله قبل أن يسلم البائع القطن المبيع للمشتري (٩ يناير سنة ١٩١٨
م ٣٠ ص ١٣٧) - وأنظر أيضاً فى تحديد سعر القطن حسب سعر البورصة فى يوم يحدده
البائع أو للمشتري : استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٤ ص ٩٢٦ -
استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٠٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٢٤
ص ٤٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٤ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤
ص ١٩٩ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٨٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٢ -
٢٧ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٣٤٩ (بذرة القطن) - ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٢٩
ص ٤٧٥ .

(٢) ويسمى أن يتفق المتبايعان على أكثر من واحد بفوضان لم أن يحددا الثمن باتفاقهم
أو بأغليتهم (بودرى وسينا فقرة ١٣٤) .

حقتها (١). والبيع يعتبر قد تم ، لا من وقت تقدير المفوض للثمن فحسب ، بل من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض ففي هذا الوقت كان البيع مستكلاً لجميع عناصره ومنها الثمن إذ كان قابلاً للتقدير كما سبق القول . ويعتبر تقدير

(١) كما يصرى نصرف الوكيل في حق الموكل ، ويكون المتبايعان كأنهما هما المادان قدرا الثمن ، وذلك كله طبقاً لأحكام الوكالة . فالثمن الذي يقدره المفوض ملزم للمتبايعين ، لا يستطيع البائع أن يحتج بأنه غش ولا المشتري بأنه مبالغ فيه . ولكن يجوز الطعن في التقدير إذا وقع تدليس على المدس من أحد المتبايعين أو من الغير . ونرى من ذلك أن الأجنبي الذي يكل إليه المتبايعان تحديد الثمن لا يعتبر خبيراً (expert) لأن رأى الخبير غير ملزم ، ولا يعتبر حكماً (arbitre) لأن الحكم يفترض قيام نزاع ولا نزاع بين المتبايعين فهما متفقان على أن يكتلا تقدير الثمن لأجنبي . وإنما الأجنبي وكيل عن المتبايعين معاً ، مفوض منهما في تقدير الثمن ، فلائى منهما أن يحتج بما يقع فيه الوكيل من غلط أو تدليس أو إكراه (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة - بلانيول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٨٠) . وإذا عين المفوض باتفاق المتبايعين ، لم يجوز لأحدهما أن يستغل بعزله ، بل لا بد في عزله من اتفاقهما معاً كما هو الأمر في تعيينه . فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن ، لم يعد يجوز له أن يقدره . ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن ، ويجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن ، ولكن البيع لا يعتبر تاماً إلا من وقت اتفاقهما على الثمن ، أو من وقت اتفاقهما على تعيين المفوض الآخر ويكون البيع في هذه الحالة موقوفاً على تقدير المفوض الجديد للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٣٦) .

وقد اعترض الأستاذ سليمان مرقس (فقرة ٩١ - ص ١٣١) على أن يكون المفوض وكيلاً بما يأتي : (٢) لا يجوز أن يكون شخص واحد نائباً عن طرفي العقد . ويرد على هذا الاعتراض بأن هذا يجوز بإجارة لاحقة ، وهنا يوجد ما هو أقوى من الإحالة اللاحقة فالمتبايعان أقرا معاً أن يقوم المفوض بتقدير الثمن . (٢) الوكيل يجوز عزله وهنا المفوض لا يجوز أن يستغل أحد المتبايعين بعزله . ويرد على هذا الاعتراض بأن الوكيل الذي عينه المتبايعان معاً لا يجوز عزله إلا باتفاقهما كما سبق القول . (٣) تحديد الثمن عمل مادي ، والوكيل لا يقوم إلا بتصرف قانوني . ويرد على هذا الاعتراض بأن تحديد الثمن هو جزء من عقد البيع وعنصر جوهري فيه ، فهو تصرف قانوني لا عمل مادي .

أنظر في الفقه المصري : الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ١١٤ هاشم رقم ١ (ويذهب إلى أن تعيين الأجنبي تفويض في تحديد الثمن ونياً في قبوله) - الأستاذ جليل الشراوى ص ١١٧ - ١١٨ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٠ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي . ثم يقول إن المفوض في الوكالة أن يكون الوكيل منفذاً لإرادة الموكل ، أما هنا فالمفوض يفوض إرادته إلى موكله ويرد على ذلك بأن النائب يرى التصرف بإرادته هو لا بإرادة الأصيل وتنفذ هذه الإرادة في حق الموكل لأنه ارتضى ذلك مقدماً) - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١ - ص ٥٨ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي ، ومن ثم يقول إن التفويض عقد غير مسمى) .

المفوض للثمن، بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع (١) ، فإذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن (٢) ، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد . ومن ثم تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات من وقت البيع ، وفي العتار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن (٣) . وإذا لم يتم المفوض بتقدير الثمن لأى سبب ، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير علم أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تعذر عليه تقديره لعدم خبرته أو لأى سبب آخر ، فإن الشرط الواقف لا يتحقق ، ويعتبر البيع كأن لم يكن (٤) . ولا يستطيع القاضى إجبار المفوض على تقدير الثمن كما لا يستطيع أن يعين شخصاً مكانه ، أو أن يقوم بتقدير الثمن بنفسه (٥) .

(١) لو ٢٤ - مد ٧٤ - ققرة ٧٦ - لوبرى ورو ٥ ققرة ٢٤٩ ص ١٧ - جيوار ١ ققرة ١٠٥ - بودرى وسينيا ققرة ١٣ - بيدان ١١ ققرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ١٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس ققرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ١٠٥ - الأستاذ عبد المنعم قبلداوى ققرة ١٤١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ققرة ٣١ - قانون بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٢٨ ص ٢٩ .
٢٠٠ وينفذ المفوض الثمن وفقاً للسعر الجارى وقت البيع لا وقت العقد

(٢) هذا ما يجدر بالمشتري أن يفعله ، فلا يؤخر تسجيل العقد إن ان يقوم المفوض بتحديد الثمن ، بل يبادر إل التسجيل حتى يمتنع عن البائع التصرف فى المبيع . أما هلاك المبيع قبل تقدير الثمن ، ولو كان فى يد المشتري ، فهو على البائع . لأن الشرط ليس له أثر رجعى بالنسبة إلى تحمل ثبئة الهلاك (بودرى وسينيا ققرة ١٣٥) .

(٣) أنظر المادة ٢/٢٨٦ من تقنين الموجبات والمقود البناني (آنفاً ققرة ٢٠٦ الهامش)

(٥) كذلك لو كان المفوض شخصين ولم يتفقا على تقدير الثمن ، لا يتم البيع ، ولا يستطيعان الاتفاق على شخص ثالث يكون حكماً بينهما . ولو كان المفوض عدة أشخاص ويجب اتفاقهم جميعاً لتقدير الثمن ، فامتنع أحدهم ، لا يتم البيع ، ولا يستطيع الآخرون تعيين شخص على محل الشخص الممتنع (بودرى وسينيا ققرة ١٣٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٣٩) . ولا تستطيع المحكمة كذلك تعيين شخص محل الشخص الممتنع ، بل لو اتفق المتبايعان على أن تعيين المحكمة مرجحاً عند اختلاف المفوضين فى تقدير الثمن ولكن أحد المفوضين امتنع عن إبداء رأيه فإن المحكمة لا تستطيع تعيين شخص محل محله (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٥ هامش ١) . والقاضى لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه ، حتى لو عهد إليه المتبايعان فى ذلك وجعله هو المفوض ، لأن القاضى ليست مهمته أن يكمل المقود الذى لم يتم ، بل أن يحسم الخلاف فى عقود تمت (لوران ٢٤ ققرة ٧٥ - لوبرى ورو ٥ ققرة ٣٤٩ هامش ٢٧ مكرر - عكس ذلك : بودرى وسينيا ققرة ١٣٩ =

ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر محل محل الأول . فإذا ما قدر المفوض الجديد الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد ولا يتأخر تمام البيع إلى وقت تقدير الثمن .

وقد يقتصر المتبايعان على أن يجملا تقدير الثمن لمفوض يعينه في المستقبل ، فما دام لم يعينا هذا المفوض فإن الثمن لا يكون قابلاً للتقدير ، ومن ثم لا يتم البيع . فإذا ما عيناه ، تم البيع من وقت تعيينه معلقاً على شرط واقف هو تقديره للثمن (١) . وإذا امتنع ، في الحالة التي نحن بصددھا ، أحد المتبايعين عن الاتفاق مع الآخر على تعيين المفوض ، كان هذا إخلالاً بالتزامه من وجوب الاتفاق على تعيين مفوض ، وكان مشلولاً عن التعويض وفقاً للمبادئ العامة ، ولكن البيع لا يتم ما دام المفوض لم يعين (٢) .

هذه هي القواعد العامة في ترك تعيين محل العقد لمفوض . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص اقتبس من المرات ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من التقنين المدني الألماني ، ويخرج في بعض المسائل على هذه القواعد . فكانت

= بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٧ ص ٢٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١١٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٣٨ ص ١٣٦ - وقد يترك المتبايعان تعيين المفوض لأجنبي يقوم هذا الأجنبي بتعيينه ، فالبيع لا يتم في هذه الحالة بمجرد تعيين الأجنبي الذي وكل إليه تعيين المفوض ، بل يجب أن يعين الأجنبي للمفوض فعلاً حتى يتم البيع موقفاً على شرط واقف هو تقدير المفوض للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٣٩ مكررة أولاً) . ويكون تقدير المفوض للثمن بحسب السعر الجاري وقت تعيين المفوض لأنه هو الوقت الذي يستند إليه قيام البيع ، ويصدق ذلك في حالة تعيين المفوض بواسطة أجنبي وفي حالة تعيين المتبايعين للمفوض في اتفاق لاحق .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩ ص ٤٠ - بلانيول وريبير وبولاج ٢ فقرة ٢٣٨٣ - الأستاذان أحمد مجيب الحلال وحامد زك فقرة ١١٩ - الأستاذ سليمان مرسى فقرة ٩٣ - الأستاذ جيل الشرفاوى ص ١١٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٥٦ - بل ولا . - الالتجاء إلى التهديد المال : أنسكلريدى دالير ٥ لفظ *ventes* فقرة ٧٦٠ .

وهناك رأى يلحظ إلى أن التصويض في هذه الحالة لا ينشأ عن التزام تعاقدي ، بل من خطأ تقصيري (بودرى وسينيا فقرة ١٣٨) .

المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى تنص على أنه وكان إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون التعيين قائماً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم القضاء . ٢ - ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولمحض اختياره ، فإن هذا العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقيم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي (١) ، فلم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالف فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها (٢) ، وبخاصة في جواز أن يحل القاضى محل الأجنبي إذا أبطأ هذا في تقدير الثمن أو كان تقديره غير عادل كما تنقضى الفقرة الأولى من النص ، وفي وجوب أن يكون التقدير عادلاً (٣) كما تنقضى الفقرة الثانية ، فإن هذا وذلك لا يفتق مع القواعد العامة التي سبق بيانها .

٢١٣ - ترك المتابعين الثمن غير مقرر وغير قابل للتقدير :

أما إذا ترك المتابعان الثمن غير مقرر وغير قابل للتقدير ، فإن البيع لا يتم ، إذ

-
- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ في الهامش :
 (٢) أنظر الوسيط الجزء الأول ص ٢٨٩ هامش رقم ١ .
 (٣) وكان دوماً (القوانين المدنية ١ فقرة ٢٦) وبوتيه (البيع فقرة ٢٤) في القانون الفرنسى القديم يلعبان إلى وجوب أن يكون الثمن الذى يعمته المفوض ثمناً عادلاً . ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به دون نص خاص يماثل النص الذى ورد في التفتين المدنى الألمانى فيما قسناء (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٨ هامش ٤ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ عبد المنعم عبد البدرأوى فقرة ١٤٢ - وقارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ - ص ١٧) .
 ولكن يصح أن يتفق المتابعان على وضع حدود لتقدير المفوض لثمن ، كأن يضمناً حداً أدنى وحداً أعلى ، فلا يجوز للمفوض فى هذه الحالة أن يجاوز فى تقديره الحد الأعلى ولا أن ينزل عن الحد الأدنى ، وإلا كان تقديره باطلاً واعتبر البيع كأن لم يكن (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨) . ولو أدخل المفوض ، دون تفويض خاص فى ذلك ، احتمال ارتفاع الأسعار فى المستقبل فى حسابه عند تقدير الثمن ، يكون قد جاوز مهمته (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٧) .

ينقصه ركن من أركانه وهو الثمن . ونقول المذكرة الابضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما إذا لم يتفق المتعاقدان ، لاصراحة ولا ضمناً ، على تحديد الثمن أو على جملة قابلاً للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه » (١) .

ويقرب من ذلك أن يصرح المتبايعان أحدهما تبايعاً دون ثمن ، أى قصداً لإيقاع البيع دون ثمن . فالمعقد فى هذه الحالة لا يتم باعتباره بيعاً ، لأن الثمن ركن فى البيع لا يتم بدونه . ولكن قد يستخلص من الظروف أنها قصداً بإيقاع البيع بدون ثمن أن يكون العقد هبة ، وعند ذلك لا تكون الهبة مستترة ، بل هبة مكشوفة يشترط لتمامها ورقة رسمية فى الأحوال التى يوجب فيها القانون ذلك .

أما إذا قدر المتعاقدان الثمن أو جملاء قابلاً للتقدير وكان الثمن تافهاً ، أو عينا ثمناً مناسباً وذكر البائع أنه وهبه للمشتري ، فسرى أن العقد يكون أيضاً هبة مكشوفة لا بد فيها من ورقة رسمية فى الأحوال التى يجب فيها ذلك .

وإذا قدر المتعاقدان الثمن وكان صورياً ، فسرى أن العقد يكون هبة مستترة ، لا يشترط لتمامها ورقة رسمية .

المطلب الثالث

يجب أن يكون الثمن جدياً

٢١٤ - التمييز بين الثمن غير الجبرى والثمن النفسى : يجب أن يكون الثمن جدياً (sérieux) ، ولا يكون جدياً إذا كان تافهاً (dérisoire) ، أو كان صورياً (fictif) . ولكن ليس من الضروري أن يكون الثمن جدياً ألا يكون ثمناً بنحساً (vil) ، فقد يكون بنحساً يدخله الغبن الفاحش ، ومع ذلك يكون جدياً . وآية أن الثمن جدى أن يكون البائع قد أبرم العقد بقصد الحصول عليه مهما كان بنحساً ،

وقد رضى بالثمن البخس مضطراً لحاجة ملحة ، أو جاهلاً لقيمة المبيع ، أو لغير ذلك من الأسباب . فيصح البيع ، وإن جاز الطعن فيه بالغبن في حالة استثنائية (١) سيأتي بيانها .

فنستعرض مسألتين : (١) الثمن الجدى (٢) الثمن البخس ودعوى الغبن الفاحش .

١٩ - الثمن الجدى

٣١٥ - **التمن الصوري** : لا يكون الثمن جدباً إذا كان ثمناً صورياً لا بقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري ، بل ذكر مبلغاً من النقود ليكون ثمناً حتى يسلم للبيع مظهره الخارجى . ومنى يثبت أن الثمن صوري فإن العقد لا يكون بيعاً (٢) ، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية (٣) ، وصرنى تفصيل ذلك عند الكلام في عقد الهبة . وقد سبق بحث لإثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٤) .

(١) كما قد يجوز الطعن فيه بالنلط أو التدليس أو الإكراه ، بحسب السبب الذى دفع البائع إلى قبول هذا الثمن البخس .

(٢) استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٣ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٧ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٨ - فقرة ٦٣٠ - ومن الفرائض القوية على الصورية أن يكون حيز المشتري عن دفع الثمن واضحاً كل الوضوح ، بحيث لا يفتل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد ، وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمناً صورياً والعقد ليس إلا تبرعاً (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦١ ص ١٨٥ - جيوار ١ فقرة ٩٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٠٦) . حل أنه لا يجوز أن يستفاد دائماً من مجرد إعصار المشتري وعلم البائع بهذا الإعصار أن الثمن صوري ليس في نية البائع تقاضيه ، فقد يؤمل البائع أن المشتري سيقبى بعد عسر يسرا (بودرى وسينيا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٩٥) - أما العكس فغير صحيح ، فقد يكون المشتري في حالة تمكنه من دفع الثمن . يمكن مع ذلك الشراء الحاصل منه صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإعصار وصورية العقد . درست المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقتضية من المشتري إثبات تبرعه ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) .

ومما يقطع في صورة الثمن أن يبرىء البائع في عقد البيع نفسه المشتري من الثمن المذكور في العقد ، أو أن يهبه إياه ، فإن هذا معناه أن البائع ليس في نيته أن يتقاضى الثمن ، وإنما يريد أن يسبح على العقد صورة البيع . وفي هذه الحالة لا يكون العقد بيعاً ، وإذا اعتبر هبة فإنه يكون هبة مكشوفة لا مستترة ، فيجب الاعتقاد أنها أن تكتب في ورقة رسمية في الأحوال التي تشترط فيها الرسمية في الهبة (١).

لكن إذا تم عند البيع بذكر ثمن جدي فيه ، ثم بعد ذلك أبرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه إياه ، فإن البيع يبقى صحيحاً فقد سبق أن انعقد بثمن جدي ، وإبراء البائع المشتري من الثمن أو هبه له بعد ذلك ليس من أسباب البطلان (٢).

٢١٦ - الثمن التافه : ويلحق بالثمن الصوري الثمن التافه ، وكما لا يتم

البيع بثمن صوري كذلك لا يتم بثمن تافه . والثمن التافه هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن

(١) ولا يقال إن البيع يكون باطلاً ويتحول إلى هبة صحيحة ، بل انعقد هبة مكشوفة رأساً (الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر الثمن في عقد البيع مع إبراء المشتري منه أو هبه إياه ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون سائراً لهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بمقدار آخر ، إلا أنه يشترط أن يكون هذا المقدار مستوفياً الأركان والشروط اللازمة لصحته (نقض مدق ٩ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٠ ص ١٠٠) .

(٢) بودرى وسبيليا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ٢٥٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد الحليم النوراني فقرة ١٤٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ - وبترتب عن ذلك أنه يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، ويأخذ بالتشجيع العقار بالثمن المسمى الذي أبرىء منه المشتري أو وهب إياه ، ولو اعتبر العقد هبة جاء الأخذ بالشفعة . وفي التقنين المدني العراقي فصل صريح في هذا المعنى ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٩ من هذا التقنين على ما يأتي : " وللبائع أن يحيط بجميع الثمن قبل القبض ، ولكن لا ينقضي هذا الحط بأصل العقد . فلو أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن وأخذ الشفع المبيع ، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى " (انظر أيضاً فقرة ٢٠٦ في المباحث) .

البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه ، وإن كان قد حصل عليه فعلاً (١) . فإذا باع شخص داراً قيمتها ألف بعشرين مثلاً ، كان الثمن تافهاً ، فلا يتم البيع . وإذا اعتبر العقد في هذه الحالة هبة ، فإن الهبة تكون مكشوفة لا مستترة ، وتجب فيها الرسمية في الأحوال التي يشترط القانون فيها ذلك (٢) .

ويلحق بالثمن التافه ، فيكون كالثمن الصوري لا يتم به البيع ، أن يبيع شخص عيناً بثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب أقل من ربع العين . فإذا باع شخص داراً ربعها مائة بايراد مرتب مدى حياته مقداره خمسون ، فقد وضح أن المشتري لا يدفع شيئاً من ماله في مقابل الدار ، إذ هو يقبض ربعها ويعطى البائع منه الإيراد المرتب . وفي هذه الحالة يكون العقد هبة لا بيعاً (٣) ، والهبة مكشوفة لا مستترة (٤) ، يشترط فيها الرسمية في الأحوال التي يوجب القانون فيها ذلك (٥) . على أن البائع إذا باع الدار بإيراد يعادل الربع الحالى للمبيع ، وظهر من الظروف أن هذا الربع الحالى غير مستقر ، وأنه عرضة للنقصان إما لأسباب طبيعية وإما لسبب خاص كأن كانت الدار معرضة للتخريب من غزو أو سطو أو غير ذلك ، فأراد البائع أن يكفل لنفسه إيراداً ثابتاً وإن كان

(١) محكمة مصر ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المحرق ٢٩ ص ١٨٧ - وهذا ما يميز الثمن التافه من الثمن الصوري . فالثمن التافه مقدار قليل جداً من النقود لا يتناسب أصلاً مع قيمة المبيع ، ولكن البائع يحصل عليه فعلاً . أما الثمن الصوري فيكون بمادة مقدراً من النقود متناسباً لقيمة المبيع ، ولكن البائع لا يحصل عليه ولا يقصد ذلك .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٨ - الأستاذ جليل الشرقاوى ص ١٠٧ هامش ٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٧ ص ٢١٤ - انظر عكس ذلك وأن الهبة تكون مستترة لا مكشوفة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٧٢ - قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٢٥ .

(٤) قارن بيدان ١١ فقرة ١٤٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه على فرض أن الإيراد المقرر في العقد مدى حياة البائع هو دون ربع المنزل المبيع ، وأن هذا يجعل الثمن مستمراً فيعتبر العقد باطلاً كبيع ، فإن الحكم قد أقام قضاءً على أساس أن العقد يعتبر في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لإفراغها في قالب (نقض مدى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض رقم ٩٦ ص ٥٧٣) .

لا يزيد على الربع الحال للدار ، جاز اعتبار الثمن هنا ثمناً جدياً لا نافهاً
وإن كان ثمناً نجساً ، وصح البيع (١) .

٢٤ - الثمن البعس

(دعوى الغبن الفاحش)

٢١٧ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٢٥ من التقنين المدني
على ما يأتي :

١٥ . إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن
يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .
٢٥ . ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب
قيمه وقت البيع .

وتنص المادة ٤٢٦ على ما يأتي :

١٥ . تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، إذا انقضت
ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب
العقار المبيع .

وتنص المادة ٤٢٧ على ما يأتي :

« لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاed العلني (٢) » .

(١) أنظر لوران ٢٤ فقرة ٨٥ وما بعدها — جيوار ١ فقرة ٩٧ — أوبري ورو ٥
فقرة ٣٤٩ هاش ٢٦ — بيدان ١١ فقرة ١٤٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧١ —
الأستاذ جميل الشرفاوي ص ١٠٧ — الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ١٤٦ — وقارن
ماركادي م ١٥٩١ فقرة ٣ — بودري وسينيا فقرة ١٣٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٤١ ص ٤٢ — ص ٤٣ — الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ١٠٧ —
الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٩ .

ويجوز الطعن في البيع بدعوى الغبن الفاحش إذا توافرت شروطها ، كما سنرى .

(٢) تاريخ النصوص :

م ٤٢٥ ورد هذا النص في المادة ٥٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً طفيفاً فصار مطابقاً ، إلا في عبارة =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٣٦-٣٣٧/٤١٩ - ٤٢٠ (١).

= واحدة عدلتها لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب، إذ كان نص المشروع كما يأتي : « فليس للبائع إلا أن يطلب توكلة الثمن » فاستبدلت بهذه العبارة عبارة « فالبائع أن يطلب توكلة الثمن » لأن العبارة الأولى توهم أن البائع ناقص الأهلية لا يملك في حالة الثمن إلا دعوى توكلة الثمن ، والواقع أنه يملك أيضاً دعوى إبطال العقد لنقص أهليته ، وقد يرى المصلحة في إحدى الدعويتين دون الأخرى . وصار رقم للنص ٤٣٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٥ — ص ٣٧) .

م ٤٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً طفيفاً فصار مطابقاً ، وأصبح رقمه ٤٣٥ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٧ — ص ٣٨) .

م ٤٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « لا يجوز الطعن بالنسبة في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزداد المعلن » . وفي لجنة المراجعة - رد النص تحويراً يجعل المعنى أدق ، فأصبح المعنى مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٩ و ص ٤١) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤١٩/٣٣٦ : الثمن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق إلا للبائع في طلب توكلة الثمن ، ويكون ذلك في حالة بيع عقار القصر فقط .

م ٤٢٠/٣٣٧ : يسقط حق إقامة الدعوى بالنسبة الفاحش بعد بلوغ البائع من الرشد أو وفاته بسنتين . ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحقوق أصحاب الرهون العقارية . والفروق ما بين التقنينين الجديد والسابق بينتهما المذكورة الإيضاحية فيما يأتي :

١ - التقنين السابق لم يذكر إلا القاصر ، وجرى القضاء المصري على أن ذلك يشمل غير القاصر أيضاً من غير كامل الأهلية كالمجنون عليه ، فسجل التقنين الجديد هذا القضاء بأن نص على بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٥ — قارن ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠) .

٢ - نص التقنين الجديد على الطريقة التي يقدر بها الثمن ، فذكر أنه يجب لتقدير ما إذا كان الثمن يزيد على الخمس أن يقوم المقار حسب قيمته وقت البيع . وهذا ما جرى عليه القضاء المصري ، ففتحه التقنين الجديد نافلاً في ذلك عن المشروع الفرنسي الإبطال (م ٣٩٥) .

٣ - جعل التقنين الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات بدلاً من سنتين ، حتى يتسق التشريع في دعاوى الإبطال مع دعوى توكلة الثمن للثمن (انظر سريان التقنين الجديد بالنسبة إلى الزمان فيما يل فقرة ٢٢٣) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المواد ٣٩٣ - ٣٩٥ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤١٤ - ٤١٦ - وفي
التقنين المدني العراقي المادة ١٢٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين
٢١٣ - ٢١٤ (١) .

== ٤ - نص التقنين الجديد على عدم جواز الطعن بالدين في بيع تم كنص القانون بطريق
المزاد العلني ، كالبيع جبراً لتنفيذ حل مال الدين وكبيع عقار الغير في المراء العلني ، لأن
المفروض في هذه البيوع أن كل الإجراءات اللازمة للحصول على أصل فمن يمكن وقت البيع
اتخذت ، فإذا رما المراد رغم ذلك بشئ فيه غش ، فليس في الأمر حيلة . وفي هذا أيضاً تقنين
لما جرى عليه القضاء في مصر .

انظر فيما تقدم مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٩ - ص ٤٠ .
ويمكن إضافة فرق خاص إلى هذه الفروق الأربعة ، هو الخاص بحماية الدين حسن النية ،
فقد عم التقنين الجديد إذ شمل بالحماية كل من كتب حتماً عيناً على العقار المبيع ، وقصر التقنين
الدين الحماية على أصحاب الرهون العقارية .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٩٣ - ٣٩٥ (مطابقة
للمواد ٤٢٥ - ٤٢٧ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ
مصطفى الزرقا فترة ٧٧ - فترة ٨٣) .
التقنين المدني الليبي م ٤١٤ - ٤١٦ (مطابقة للمواد ٤٢٥ - ٤٢٧ من التقنين المدني
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٤ : ١ - مجرد الدين لا يمنع من فناء العقد مادام الدين لم يصحبه
تقرير . ٢ - على أنه إذا كان الدين فاحشاً وكان المدينون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه
الدين مال الدولة أو الوقف ، فإن العقد يكون باطلاً . ٣ - لا يجوز الطعن بالدين في عقد تم
بطريق المزايدة العلنية .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري بوجه خاص في الجزاء المترتب على الدين ، في
التقنين المصري الجزاء هو تركة المدين ، أما في التقنين العراقي فالجزاء هو بطلان العقد أصلاً) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢١٣ : الدين هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات
التي توصل لمصلحة فريق والموجبات التي تعرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض .

م ٢١٤ : إن الدين لا يفسد في الأساس رضا المدينون . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح
العقد قابلاً للبطلان في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المدينون قاصراً ثانياً - إذا كان المدينون
راشداً وكان الدين خاصتان : الأولى أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة ، والثانية أن
يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المدينون . ويمكن إلى الدرجة المعينة
فيما تقدم إبطال عقود التمر نفسها بسبب الدين .

(ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري فيما يأتي : (١) لم يحدد التقنين اللبناني رقاً =

وزى من ذلك أن الثمن البخس ، وهو الثمن الذى يقل عن قيمة البيع كثيراً ولكنه ثمن جدى قصد البائع أن يتقاضاه ، لا يمنع تمام البيع كما قدمنا ، إذا توافر فيه شروط الثمن . فإذا باع شخص كامل الأهلية داراً قيمتها أربعة آلاف بالعين أو باللف ، كان البيع صحيحاً (١) ، ولا يدخل عليه البطلان من طريق بخس الثمن ، فهو ثمن جدى وإن كان ثمناً قليلاً (٢) .

على أن بخس الثمن - كما يخلص من النصوص المتقدمة الذكر - يعيب البيع فى حالة واحدة ، هى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولكن بشروط معينة إذا توافرت جاز الطعن فى البيع مدعياً العين الفاحش (٣) .

١ - الشروط الواجب توافرها لتحقيق العين الفاحش

٢١٨ - شروط أربعة : يجب لتحقيق العين الفاحش الذى يعيب البيع توافر شروط أربعة نستخلص من نصوص المواد ٤٢٥ - ٤٢٧ مدنى : (١) أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية (٢) . أن تكون العين المباعة عقاراً (٣) والا يكون البيع فى مزاد علنى ثم وفقاً لأحكام القانون (٤) وأن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس .

= ثابتاً للذين . وقد حدد التقنين المصرى رقاً فعله الخمس . (٢) مزج بين العين والاستغلال . (٣) قصر العين على القاصر دون غيره من لم تتوافر فيهم الأهلية . (٤) جعل جزاء العين إبطال العقد لا تكله الثمن .

(١) استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٢ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٩ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١ .

(٢) وقد يدخله البطلان من طريق عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس أو الغلط (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٩ ص ٣٠٥ - وانظر آتفاً فقرة ٢١٤ فى الهامش) .

(٣) أما العين ذو الميعار الذاتى الذى يعيب الرضاء نفسه ولو كان المتعاقد كامل الأهلية - الاستغلال - فقد سبق بحثه (انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢١٢) .

٢١٩ - الشرط الاول - صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية:

يجب أولاً أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية . فان كان كامل الأهلية ، فهو حر في أن يبيع ماله بأى ثمن شاء . وإن باعه بثمان قليل ، لم يؤثر في سلامة البيع مقدار الثمن الذى لحق به مهما كان هذا الثمن فاحشاً ، مادام الثمن جديداً قصد البائع أن يحصل عليه (١) . وليس بعيب بيع كامل الأهلية ، عن طريق الثمن ، إلا أن يستغل فيه طيش بين أو هوى جامع وأن تتوافر سائر شروط الاستغلال ، ويختلف معيار الاستغلال عن معيار الثمن في أن ذلك ذاتى وهذا موضوعى (٢) .

فالواجب إذن أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية ، سواء كان فاقداً الأهلية أصلاً أو كان ناقصها فحسب (٣) . فيجوز أن يكون صبيّاً غير مميز

(١) أما في القانون الفرنسى فيجوز الطعن في بيع العقار المملوك لكامل الأهلية إذا زاد الثمن على ١٢/٧ من قيمة العقار وقت البيع ، ويجوز المشتري إما حل رد العين واسترداد الثمن وإما على تكلفة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة وقت البيع . فرد المبيع هو الالتزام الأصل ، وتكلفة الثمن التزام بدل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢٤٦ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٣ - حوسران ٢ فترة ١٠٥٥ ص ٥٥١) أنظر في تاريخ دعوى الثمن في القانون الفرنسى وأصل هذه الدعوى في القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم بودرى وسيتيا فترة ٦٧١ - فترة ٦٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢٣٥ .

وفي الفقه الإسلامى يمنع الثمن إطلاقاً في الأموال الربوية (وهى المطلوبات والأثمان أو المكيلات والموزونات) . وفيما عدا الأموال الربوية لا يؤثر الثمن إذا لم يصحبه تبرير ، ولكن مجرد الثمن إذا كان فاحشاً يؤثر في بيع أموال المحجور وبیت المال والوقف فيجعل العقد فاسداً .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويلاحظ أن معيار الثمن هنا معيار مالى . أما الثمن في العقد بصفة عامة ، وهو الاستغلال المنصوص عليه في الالتزامات بوجه عام ، فمعايره معيار نفسى : ولا يشترط فيه التوقف عند رقم معلوم . . . ويستخلص مما تقدم أن بيع عقار كامل الأهلية لا يثنى فيه بالثمن إلا إذا توافرت فيه شروط الاستغلال التى سبق بيانها » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤١) .

(٣) ويندر أن يكون صاحب العقار المبيع فاقداً الأهلية أصلاً ، لأنه إذا باشر العقد بنفسه كان العقد باطلاً ، وإذا باشره عنه وصيه بغير إذن المحكمة كان العقد باطلاً أيضاً . فينبى أن يباشر العقد الوصى بإذن المحكمة ، ولا يباع العقار في مزاد علنى ، ويقع في البيع غبن فاحش . وينبى أيضاً أن يباشر العقد الولى في الحدود التى لا يشترط فيها إذن المحكمة ، ويقع في البيع غبن فاحش =

أو مجنوناً أو معتوهاً ، وهؤلاء فاقدو الأهلية أصلاً ، ويبيع بالنيابة عنهم الولى أو الوصى أو القيم . ويجوز أن يكون صبيّاً مميزاً أو محجوراً عليه لفظة أو لشفه ، وهؤلاء ناقصو الأهلية ، ويبيع بالنيابة عنهم الولى أو الوصى أو القيم ، وقد يباشرون البيع بأنفسهم . أما النائب والمحجور عليه لعقوبة جنائية ومن أقيم له مساعد قضائي ، فهؤلاء لا يعتبرون ناقصي الأهلية بسبب الغيبة أو العقوبة أو العاغة ، وحكمهم هو حكم كامل الأهلية .

٢٢٠ - الشرط الثانى - العبن المبيعة عقاراً : ويجب ثانياً أن تكون

العبن المبيعة عقاراً . فبيع المنقولات بأى ثمن جدى مهما قل لا يعيبه العبن الفاحش ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لغير كامل الأهلية (١) . ومن ثم إذا بيعت أسهم (٢) أو سندات أو سيارة أو عوامة أو آلة ميكانيكية أو غير ذلك من المنقولات ذات القيمة الكبيرة بعبن فاحش ، لم يؤثر ذلك فى سلامة البيع ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لقاصر أو لمحجور عليه . وكذلك إذا بيع منجر (fonds de commerce) فالمنجر يعد منقولا (٣) . فالمنقولات لا تحميها إذن دعوى العبن الفاحش وإنما تحميها الاجراءات التى رسمها المشرع لحماية القصر والمحجور عليهم فى قانون الولاية على المال ، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة .

أما إذا كان المبيع عقاراً ، فتحميته دعوى العبن الفاحش . ويستوى أن يكون هذا العقار حق ملكية على عقار كدار أو أرض (٤) ، أو يكون خفا عينيا دون

١ - أما إذا كان صاحب العقار المبيع ناقص الأهلية ، فيضاف إل هذين الفرضين فرض ثالث ، هو أن يباشر ناقص الأهلية العقد بنفسه ويقع فى البيع عبن فاحش ، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الإبطال وبدعوى العبن الفاحش . أنظر ما يلى فقرة ٢٢١ .

(١) استئناف مغلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

(٢) غير أن بيع حصص فى شركة عقارية يعتبر بيع عقار ، إذا أدى إل تجميع الحصص كلها فى يد شريك واحد ومن ثم انحلت الشركة (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥) .

(٣) بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥ .

(٤) لو كان العقار عقاراً بالتخصيص فيدخل مع العقار الأصل فى حساب العبن .

حق الملكية مادام واقفاً على عقار كحق الانتفاع بدار أو أرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكم (١). ولكن حوالة الحق الشخصى غير العقارى ، ولو كان هذا الحق مكفولاً بتأمين عيى واقع على عقار كرهن أو اختصاص أو امتياز ، لا يعتبر بيع عقار . بل هو بيع منقول لا نحميه دعوى العين الفاحش ، لأن البيع واقع على حق شخص غير عقارى . فإذا كان الحق الشخصى واقفاً على عقار ، كحوالة حق المشتري القاصر أو المحجور عليه لعقار اشتراه ولم يسجل عقد البيع ، اعتبر عقاراً وجازت حمايته بدعوى العين الفاحش .

وإذا كان المبيع عقاراً ومنقولاً يباع صفقة واحدة بشمن واحد ، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة ، جزئت وقسم الثمن على العقار والمقول ، وجاز الطعن بالعين فى العقار دون المنقول . وإذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة ، جاز الطعن فى البيع كله بالعين ، على ألا يدخل فى حساب العين إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته فى الثمن (٢).

٢٢١ - الشرط الثالث - لا يكون البيع فى مزار على م وفقاً

لأحكام القانون : ويجب ثالثاً ألا يكون البيع فى مزار على . ونلاحظ بادىء ذى بدء أن الذى نحميه دعوى العين الفاحش هو البيع (٣) لا الشراء . فإذا اشترى

(١) ويتوى أن يكون المنار مفرزاً أو شامئاً - ولا يعتبر عقاراً المنول بحسب المآل كما فى بيع البناء بقصد عده ، وبيع الأشجار بقصد قطعها ، وبيع حق استخراج المادن والأحجار من المناجم والمناجر (بودرى وسيتيا فقرة ٦٨٠) .
(٢) أوردى ورور ٥ فقرة ٣٥٨ هامش ٦ - بودرى وسيتيا فقرة ٦٨١ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٨ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦) .

(٣) عل أنه لا يجوز الطعن ، فى عهد التفتين المدنى السابق ، فى بيع الوفاء بالعين . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز تطبيق قواعد الدين الفاحش على عقد البيع الوفاء الصادر من ول القاصر للغير عن جزء من أملاك القاصر ، وذلك سواء أكان العقد عقد بيع وفاء أم كان المقصود به إخفاء رهن عقارى . وذلك لأن للدين فى العقد الأول استرداد المبيع إذا رد الثمن فى الميعاد ، ولأن المشتري فى العقد الثانى ليس له أى حق عيى على الدين وإنما له دين عادى ، وبذلك ينتج حصول أى ضرر للقاصر من جراء تصرفات وليه فى ماله لإمكان استرداد الدين المبيعة فى الحالتين (٣ يناير سنة ١٩٣٥ الجمعية الرسمية ٣٦ رقم ١١٧) .

القاصر أو المحجور عليه عقاراً ولو بغبن فاحش ، فليست دعوى الغبن هي التي تحميه (١) ، وإنما تحميه الإجراءات المرسومة لهذا الغرض في قانون الولاية على المال ، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة كما سبق القول .

فالبيع وحده هو الذي تحميه دعوى الغبن . ويجب ألا يكون البيع حاصلًا بالمزاد العلني ، لأن المزاد يفسح السبيل للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع . فإذا رما المزاد بشمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس ، فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن ، فلا محل إذن للطعن في المبيع بالغبن . هذا إلى أن جعل البيع بالمزاد مهدداً بأن يطعن فيه بالغبن قد يكون سبباً لإحجام كثيرين من الدخول في المزاد ، فلا تنهياً للأسباب كاملة للوصول بشمنه إلى أعلى مقدار ممكن ، وتنقلب الحماية ضرراً لا نفعاً .

وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٢٧ مدني تجرى على الوجه الآتي :

ولا يجوز الطعن بالغبن في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلني .

فكان الطعن بالغبن ممنوعاً ، بموجب هذا النص ، في بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلني ، وذلك كييع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عيناً . أما إذا كان البيع لا يحتم قانوناً أن يكون بالمزاد العلني ، كييع عقار غير كامل الأهلية والغائب (٢) ، فإنه يجوز الطعن فيه بالغبن ولو حصل بالمزاد العلني . ولكن نص المشروع التمهيدى حور في لجنة المراجعة ، واستقر النص في المادة ٤٢٧ من التقنين المدني الجديد على الوجه الآتي : ولا يجوز الطعن بالغبن

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لا يستطيع الطعن في الشراء بدعوى الغبن ، ولو اشترى بأكثر من قيمة المبيع بما يزيد على الخمس (٤ يناير سنة ١٨٩١ م ص ١٢١) .

كذلك لا يجوز الطعن بالغبن في المعاوضة ، أو تقديم عقار كحصة في شركة ، ولا في الوفاء مدين مقابل هو عقار وإن كانت هذه الحالة الأخيرة محل شك (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٥٢ - الأستاذ جليل الشراوى ص ٤٤) .

(٢) فهذا البيع يصح أن يقع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (انظر المواد ٧١٢ - ٧١٧) ، وإن كان القانون لا يحتم ذلك . فقد يحصل الرضى على إذن المحكمة في بيع عقار القاصر ، وتقتصر المحكمة على أخذ رأى خبير في قيمة العقار ومناسبه الثمن لهذه القيمة دون أن تحتم أن يكون البيع بالمزاد العلني .

في بيع ثم كنص القانون بطريق المزااد العلني (١). فأصبح ، بموجب هذا النص ، الطعن بالغبن ممتنعاً في بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزااد العلني ، وتم البيع فعلاً بالمزااد كنص القانون أى وفقاً للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (م ٧١٢-٧١٧ مرافعات) (٢) .

ومخلص مما قدمناه أنه لا يجوز الطعن بالغبن في الأحوال الآتية : (١) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني تنفيذاً لدين (٣) . (٢) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني لعدم إمكان قسمته عيناً . (٣) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني تنفيذاً لأمر المحكمة التي أذنت في البيع (٤) .

ويجوز الطعن بالنبن في الأحوال الآتية : (١) إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو إجازة ، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الغبن وبدعوى الإبطال

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١٧ في الهامش .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد البار من ١١٢ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٦٢ - ص ٦٣ .

وفي معنى الرأي الذي نذهب إليه قمنا بحملة النقض بأن المادة ٦١٤ مرافعات (قديم) لا توجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة ، ولا يترتب البطلان على عدم اتباع هذا الطريق ، كما أن قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ لم يشر باتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة المشار إليها . ولازم ذلك أن يبيع عقار القاصر بالممارسة مع تصديق المجلس الحسبي لا مخالفة فيه للقانون ولا للمادة المشار إليها . ويكون حكم النضر المذكور غير واجب الاتباع إلا في حالة بيع عقار الناصر المأذون في بيعه من الجهة المختصة بالمزايدة (نقض مدق ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٣٤ ص ٥٣٤) .

(٣) ويستوى أن يكون المزااد العلني قضائياً أو إدارياً ، فإذا بيع عقار محجور بيماً إدارياً لاستيفاء الضريبة ، لم يجوز الطعن في البيع بالغبن ، لأنه بيع ثم بطريق المزااد العلني كنص القانون (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٢) .

(٤) كذلك لا يجوز الطعن بالغبن في نزاع ملكية عقار مملوك لتبر كامل الأهلية للشفعة العامة ، بحجة أن التبريض غير كاف وأنه ينطوي على غبن فاحش : فالنضر أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السبل القانونية التي فتحها له القانون لجعل التبريض عادلاً لا ينطوي على غبن (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٥٨٦ - جوسران ٢ فقرة ١٠٥٢ ص ٥٥١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٤٧١) .

معا (١). (٢) إذا باع الأب مال ولده فيها لا تزيد قيمته على ثلثائه جنيه ، إذ لا يحتاج في هذه الحالة إلى الحصول على إذن من المحكمة (٤) . (٣) إذا باع الولي أو الوصي أو القيم مال المحجور بعد الحصول على إذن من المحكمة وبعد أن أخذت المحكمة رأى الخبر ، ولكن دون أن يكون البيع حاصلًا بالمراد العلني لعدم اشتراط

(١) فإذا أجاز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، زال سبب الإبطال وبقي سبب النقص ، فيجوز له حينئذ أن يضمن في البيع بالنقص . وتحقق مصلحة في ذلك إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالنقص عما كانت وقت البيع ، فإن هو طعن بالإبطال استرد عقارا قد تكون قيمته أقل مما كانت وقت البيع بأكثر من الخمس . فتكون له إذن مصلحة في أن يضمن بالنقص دون الإبطال حتى يستكمل أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع ، فيكسب من دعوى النقص أكثر مما يكسب من دعوى الإبطال . مثل ذلك أن تكون قيمة العقار وقت البيع ستانة ، فيبيعه القاصر بثلثائة . أو يبلغ سن الرشد ، وقد نزلت قيمة العقار إلى أربعائة ، كانت إجازة البيع واستكمال أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع بدعوى النقص خيرا للبائع من إبطال البيع واسترداد العقار مع رد ثمنه . ذلك أنه في الحالة الأولى يكسب مائة وثمانين ، وهو المقدار الذي يستكمل به أربعة أخماس قيمة العقار . أما في الحالة الثانية فيسترد عقارا قيمته وقت استرداده أربعائة ، ويرد الثمن وهو ثلثائة ، فالفرق الذي يكسبه هو مائة فقط .

وتقول المدكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد ، وكان نظام المجالس الحسبية إذا ذاك قائما ، ما يأتي : « هذا وبلا حظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع في أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام ، فإن بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبي بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع النقص ، عل أن النقص يتصور وقوعه بالرغم من ذلك ، كما إذا باع القاصر عقاره بشئ بخس دون الرجوع إلى المجلس الحسبي . فيكون البيع قابلا للبطلان من جهة ، وقابلا للطعن عليه بالنقص من جهة أخرى . وقد يحيز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، ثم يضمن فيه بالنقص إذا كانت له مصلحة في ذلك . وتحقق المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالنقص عما كانت وقت البيع ، بحيث تكون تكلفة الثمن التي يحصل عليها من وراء الطعن بالنقص خيرا له من استرداد المبيع إذا هو طعن في البيع بالبطلان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ - ص ٤١) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع أول مال القاصر بدني فائض يعطى اخفى في طلب ثلثة الثمن لا في طلب مطلق العقد ، أما إذا باشر القاصر البيع بنفسه فيكون له الحق عند وجود أحد الفاضل في رفع إحدى دعويين ، هما دعوى مطلق التصرف لعدم الأهلية ودعوى تكلفة الثمن (٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المصنوعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٧) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز الطعن بالنقص في عقد وقع من حل محل القاصر شرعا في التعامل عنه ، أما إذا صدر البيع من القاصر نفسه فإن القاصر يجوز له طلب إبطال هذا البيع لنقصه عليه (٢٤ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٦٧) .

(٢) الأستاذ سليمان مرتضى فترة ١٢٥ ص ١٧٤ - ١٧٦ - الأستاذ عبد المنعم

المحكمة ذلك . فقد يقع في هذه الحالة الأخيرة غبن يزيد على الخمس ، وذلك بالرغم من رأى الخبير الذى وافق على البيع ، وبالرغم من أن المحكمة كانت تملك رفض الإذن إذا كان الغبن يزيد على خمس القيمة .

ولا يمنع من الطعن في البيع بالغبن أن يكون البيع احتمالياً ، إذ يجوز أن يدخل الغبن البيع الاحتمالي . فإذا بيع عقار محجور عليه بإراد مرتب مدى حياته وكان هذا الإرادة لا يزيد على ربع العقار ، فأنشأ هذا جدي ولكنه فمن بخس ، وقد لحق البائع منه غبن فاحش ، فيجوز للطعن في البيع بالغبن (١) .

٢٢٢ - الشرط الرابع - الثمن بطل غير قيمة العقار المبيع

ولست أبيع بأكثر من أنفسى : والغبن لا يكون فاحشاً إلا إذا زادت قيمة المبيع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة . أما إذا بيع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك ، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن . ونقف هنا عند رقم محدود لا نتعداه ، وهذا الرقم مأخوذ من الفقه الإسلامى فقيه أن الثمن الفاحش هو ما يزيد على الخمس ، ومن ثم كان معيار الثمن موضوعياً بخلاف الاستغلال فإن معياره ذاتي (٢) كما قدمنا .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٠ في الماشى — كذلك إذا كان العقار المبيع هو حق انتفاع على حياة المنتفع أو حق رقة انفصل عن حق انتفاع مدى حياة المنتفع ، فإن هذا بيع احتمالي ، لكن يجوز أن يدخله الدين (أنظر في تطور هذه المسألة في القضاء الفرنسى وانتهائه إلى إقرار هذا المبدأ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٩ : وأنظر كولان وكايتان ٢ فقرة ١٠٥٢ - أنسيكلوبيدى بالوز ه لفظ vente فقرة ١٨٩ - فقرة ٤٩٧ - الأستاذ عبد الحميد البدرائى فقرة ٣٥ ص ٦١ - ص ٦٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ٥٨ - الدكتور توفيق فرج في نظرية الاستغلال رسالة من الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ص ٢٦٠ - ص ٢٧٢ - وقارن الأستاذين نجيب الحلال وحامد زك فقرة ٤٧٧) .

(٢) فلا يشترط في الدين أن تكون إرادة المدين تعبية ، بل يصح أن يكون من بيئة من أمره غير مضغوط عليه وقد باع غشاً بهذا الثمن الفاحش . أما في الاستغلال فلا بد أن يكون قد استغل في المدين طبعه البين أو هواه الجامح . ومن ذلك نرى أن دعوى الثمن ترجع في طبيعتها لا إلى عيب في الإرادة ولا إلى نقص =

والعبرة في تقويم العقار، لحساب مقدار ما وقع من غبن ، بوقت البيع (١) ، لا بوقت الطعن بالغبن . فإذا كانت قيمة العقار ألفاً وبيع بسبعائة ، كان هناك غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع . ومن ثم يجوز الطعن في هذا البيع بالغبن ، واستكمال المائة التي يقل بها الثمن عن أربعة أخماس القيمة ، حتى لو نزلت قيمة العقار وقت الطعن بالغبن إلى سبعائة فأصبح الثمن مساوياً لقيمة العقار وقت رفع الدعوى .

وكذلك العبرة بالثمن الذي يستحقه صاحب العقار المبيع ، ولا تدخل المصروفات فهي لا تعود على صاحب العقار بفائدة (٢) .

ب - ما يترتب من الأثر على تحقق الغبن الفاحش

٢٢٣ - وهو تشكك الثمن : ليس الغبن سبباً من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتشكك الثمن (٣) . ذلك أن المشرع لا يسمح بأن يباع عقار غير كامل الأهلية بأقل من أربعة أخماس قيمته ، فإذا بيع بأقل من ذلك

في الأهلية ولا إلى تخلف السبب جزئياً ولا إلى مسئولية تقصيرية ، وإنما ترجع إلى فكرة التبادل ما يميز المبيع والثمن ، ولذلك جاء الكلام فيها بعد الكلام في تقدير الثمن ، وهكذا قل التقنين المحدث الجديد . والقانون عندما يتطلب هذا التبادل في حالة القاصر والمحجور لا يتسامح إلا في سبب لا يزيد على خمس القيمة ، ولذلك كان الغبن الفاحش عيباً في العقد ذاته أي في التبادل ما بين المبيع والثمن (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٢ - وقارن الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٧ - ص ٤٩) .

(١) كذلك إذا كان البيع إنما وقع تنفيذاً لوعده سابق بالبيع ذكر فيه الثمن ، فالعبرة بقيمة العقار وقت ظهور رغبة الموعود له ، بالبيع في شراء العقار ، إذ في هذا الوقت يتم البيع . ولا يعتد بوقت الوعد بالبيع ، وقد ترتفع قيمة العقار أو تنخفض كما قد تتغير قيمة العملة ، والاعتبار في كل ذلك إنما يكون بالوقت الذي يتم فيه البيع أي عند ظهور رغبة الموعود له الشراء (الأستاذ د. ر. و. ر. و. عامل ١٠ فقرة ٢٤٤) .

(٢) د. ل. و. ر. و. عامل ١٠ فقرة ٢٤٣ ص ٢٩٥ .

(٣) منشور وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ الخامسة ٤ رقم ١/١٨١ ص ١٥٠ - استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ .

لم يطلّ البيع ، ولكن يستكمل الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة (١) . وبذلك يتحقق غرض المشرع من أن غير كامل الأهلية لا يغبى في أكثر من الخمس ، وهو المقدار الذي يتغابى فيه الناس عادة . ولا يكون الغبن سبباً في إبطال البيع ، إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس (٢) .

والذى يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع ، بنفسه أو بورثته من بعده أو بواسطة وليه . يرفعها بنفسه عند بلوغه من الرشد وإجازته للبيع إذا كان هو الذى باشر . فإذا مات قبل بلوغ من الرشد أو بعد بلوغه هذه السن وقبل تقادم دعوى الغبن ، رفعها ورثته من بعده (٣) . ويرفعها وليه نيابة عنه إذا كان هو لا يزال قاصراً ، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولي بعد إذن المحكمة (٤) . وترفع الدعوى على المشتري أو ورثته ، لأن تكملة الثمن التزام في ذمة المشتري (٥) . وترفع أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المشتري ، لأنها دعوى بحق شخصي (٦) . وعلى المدعى ، أى صاحب العقار

(١) فإذا كان الثمن إيراداً مرتباً على الحياة ، قدرت تكلة الثمن وفقاً لحساب المنجى في شركات التأمين (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٠٢ هاشر ٣) .

ولم ينص التقنين المدنى المصرى ، كما نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٦٨٢) ، على أن للبائع المطالبة أيضاً بفوائد تكلة الثمن بالسعر القانونى من وقت المطالبة القضائية بتكلة الثمن . فلا بد من اتباع الأنواع العامة في مصر ، فلا تكون المطالبة القضائية بتكلة الثمن لاستحقاق الفوائد بالسعر القانونى ، بل لابد من المطالبة القضائية بالفوائد ذاتها .

(٢) استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٣) والدعوى لا تنجز ، فإذا ندد الورثة وجب أن يتفقوا جميعاً على رفعها (بلانيول وهامل ١٠ فقرة ٢٤٠ ص ٢٩١) .

(٤) استئناف مصر ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٤ ص ١١٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٦ ص ٦٣ - وقارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد رك فقرة ٤٧٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٧٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١١١ .

(٥) وإذا أخذ شفيح العقار بالشفعة ، حل محل المشتري في الالتزام بتكلة الثمن ، ورفضت ادعوى عليه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٦٥ ص ٨٦) .

(٦) أما في فرنسا فهى دعوى فسخ يتفادها المشتري بتكلة الثمن ، ومن ثم فهى دعوى مختلطة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٧ ص ١٨٤) .

المبيع ، أن يثبت حقه في تكملة الثمن ، فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة ، وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع . فإذا أثبت ذلك ، حكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع . ولصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم على جميع أموال المشتري ، ويدخل في ذلك العقار المبيع ذاته ، لأن الحق شخصي في ذمة المشتري كما قدمنا فجميع أماله ضامنة للوفاء به . بل إن تكملة الثمن - وهي جزء من الثمن - تكون مكفولة أيضاً بحق امتياز البائع على العقار المبيع (١) . فإذا بقي العقار في ملك المشتري ، فإن البائع بحاله من حق امتياز يتقدم فيه على سائر دائني المشتري ويستوفى حقه قبلهم من ثمن هذا العقار . أما إذا تصرف فيه المشتري ، معاوضة أو تبرعاً ، فللبائع أن يتبعه في يد الغير بحق امتيازهِ إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدني ، كما رأينا ، على أن تنسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب النبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع . وقد جعل التقنين المدني الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات - وكان التقنين المدني السابق يجعلها سنتين (٢) حتى ينسق التشريع في دعاوى الإبطال مع دعوى تكملة الثمن (٣) . فإذا كان صاحب امتياز المبيع صيباً ، فالولي أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال المدة التي يبقى فيها الصبي غير كامل الأهلية ، حتى إذا بلغ سن الرشد فله هو أن يرفع دعوى تكملة الثمن في خلال الثلاث السنوات التي تلي بلوغه هذه السن . فان مات قبل انقضاء الثلاث السنوات ، كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية .

(١) ويجب شهر حق الامتياز من طريق قيد تكميل يأخذ مرتبته من وقت القيد (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٥) .

(٢) فإذا كانت دعوى النبن قد تقدمت بسنتين قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو يوم تقدم التقنين الجديد ، فإنها تنسقط . أما إذا كانت مدة السنتين لم تنقض في هذا اليوم ، صحت أحكام التقنين الجديد وأكلت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات .

(٣) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٩ - وانظر آنفاً فقرة ٢١٧ في الهامش .

وإن مات قبل بلوغه سن الرشد ، فلورثة رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته . والمدة مدة تقادم لأمدة سقوط ، فيرد عليها من أسباب الانقطاع ما يرد على سائر مدد التقادم . ولكنها لا توقف ، لأن التقادم الذى لا تزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثل (م ٢/٣٨٢ مدنى) . أما إذا كان صاحب العقار محجوراً عليه ، فإنه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجر . فإن مات صاحب العقار وهو لا يزال محجوراً عليه ، فلورثته رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته . وإذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى في خلال الثلاث سنوات التى تلى رفع الحجر على النحو الذى تقدم في شأن القاصر (١) .

وقد قلنا أن دعوى تكملة الثمن قد يقترن بها دعوى إبطال البيع لنقص الأهلية (٢) . ودعوى الإبطال هذه تسقط هى أيضاً بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من وقت موت البائع ، فمدة التقادم واحدة لكل من الدعويين .

٢٢٤ - دعوى الفسخ : ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه ، أن يطلب أيضاً فسخ البيع ، شأنه في ذلك

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية ، وتنتفل الدعوى في هذه الحالة إلى الورثة ، ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠) .

ويلاحظ أنه إذا بلغ البائع سن الرشد أو انتهى الحجر فبدأ سريان مدة الثلاث سنوات ، فإن هذه المدة لا تنقضي ولو حجب في خلالها على البائع ، لأن الوقف لا يرد عليها كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكى فقرة ١٧٦) .

ويجوز بعد أن يستكمل البائع أهليته أن ينزل عن دعوى تكملة الثمن وعن دعوى الإبطال . أما وهو لا يزال غير كامل الأهلية ، فلا يجوز له ذلك ، بل لا يجوز ذلك أيضاً لورثته ولا لمحكمة (الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكى فقرة ١٧٣) .

(٢) أما دعوى الاستئصال فتسقط لكامل الأهلية ، إذ أن غير كامل الأهلية ليس في حاجة إليها وعند ما هو أقوى منها وهى دعوى الإبطال (قانون الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧) (م ٢٦ - الوسيط ج ١)

شأن كل بائع لم يستوف الثمن بأكله (١). فإذا فسخ البيع ، استرد البائع العقار ورد ما قبضه من الثمن ، ولكن له أن يطلب الحكم على المشتري بتعويض (٢) .

ويسترد البائع العقار بعد الفسخ من تحت يد المشتري . فإذا كان المشتري قد تصرف في العقار معاوضة أو تبرعاً ، فإن المنصرف إليه إذا كان حسن النية - وحسن النية مفروض فيه (٣) - لا يصيبه ضرر من دعوى الفسخ . ذلك أن دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع (م ٢/٤٢٦ مدني) (١) . ومن ثم لا يستطيع البائع أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية ، ولا يبنى له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري (٥) . فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية الغير أى أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام دعوى تكملة الثمن ، جاز له بعد فسخ البيع أن يسترد العقار من تحت يد الغير سبي النية .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « فإذا حكم بالتكليف ، ولم يدفعها البائع ، جاز فسخ البيع - لا إبطاله - تطبيقاً للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠) . ولصاحب العقار المبيع كذلك أن يمنع من تسليم المبيع إلى المشتري ، إذا كان لم يسلمه إياه ، وذلك إلى أن يستوفى تكملة الثمن ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد . (٢) فإذا كانت قيمة العقار قد نزلت إلى أقل من أربعة أخماسها ، واسترد البائع العقار ، كان له أن يطلب تعويضاً هو الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمه بعد النزول . (٣) ولكنه يعتبر سبي النية من وقت أن يسجل البائع عريضة دعوى الفسخ ، فإذا لم يكن المنصرف إليه قد شترقه العيني - ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو غير ذلك - قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، سرى الفسخ في حقه . أما إذا كان قد شترقه قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، فلا يسرى في حقه الفسخ إذا كان حسن النية ، فإن كان سبي النية سرى الفسخ في حقه .

(٤) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ .

(٥) ولا يمكن في التعويض باستكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع ، بل يطلب قيمة المبيع كاملة إذا كانت هذه القيمة لم تنزل . ذلك أن البائع بعد الحصول على حكم بفسخ البيع ، انتقل حقه من استكمال الثمن إلى استرداد المبيع ذاته ، فإن تعذر عليه الاسترداد بفعل المشتري وجب على هذا تعويض كامل أى دفع قيمة المبيع (قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٥٥) .

وحتى من البيان أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن ، وإن كانت تقوم نتيجة لها (١) . فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أى من وقت امتناع المشتري عن دفع تكملة الثمن ، وهذا بخلاف دعوى تكملة الثمن فانها تسقط بثلاث سنوات على التفصيل الذى قدمناه .

(١) وفى القانون الفرنسى ، كما رأينا ، يطلبه البائع فسخ البيع ، فيستطيع المشتري أن يتخاض الفسخ بتكملة الثمن . فالبائع فى القانون الفرنسى يبدأ بدعوى الفسخ ، وينتهى بتكملة الثمن . أما البائع فى القانون المصرى فيبدأ بدعوى تكملة الثمن ، وينتهى بالفسخ .

الفصل الثاني

الآثار التي تنرب على البيع

٢٢٥ - تطبيق القواعد العامة: البيع عقد ملزم للجانبين ، فالآثار التي تنرب عليه هي التزامات في جانب البائع والتزامات مقابلة في جانب المشتري (١).
ونبحث هنا التزامات البائع ، ثم التزامات المشتري (٢).

(١) فإذا لم يتم أحد المتبايعين بالتزاماته ، جاز للآخر وفقاً لقواعد العامة ، فسخ البيع . وجاز له أيضاً حبس المبيع إذا كان هو البائع ، أو حبس الثمن إذا كان هو المشتري . وللبائع حق امتياز على المبيع يكفل له استيفاء الثمن بأكله ، ومحل بحث عند الكلام في حقوق الامتياز . (٢) ويلاحظ أنه في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري تسرى القاعدة التي تقضى بأن يكون التفسير لمصلحة الملتزم ، فيكون تفسير التزامات البائع لمصلحة البائع وتفسير التزامات المشتري لمصلحة المشتري . وقد قضت المادة ١٦٠٢ من التقنين المدني الفرنسي بأن التفسير يكون دائماً لمصلحة المشتري ، وقد اعتبر القضاء الفرنسي هذا النص استثناء فلم يتوسع في تطبيقه ، وقصره على الشروط المألوفة في المبيعات ، أما الشروط غير المألوفة التي تعهد بها البائع فتم لمصلحته (بودرى وسينيا فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤ - وانظر آنفاً فقرة ٢٤) .

وقد كان القضاء المختلط يفسر البيع لمصلحة المشتري إذا تطرق الشك إلى بيان الشيء المباع مع أن هذا داخل في التزامات البائع فكان ينبغي أن يفسر لمصلحة المشتري لا لمصلحة المشتري . وكان هذا القضاء يستند في ذلك إلى أن البائع أدرك بالشيء المباع ، فإذا لم يبينه بياناً كافياً فهو المقصر وفسر الشك له . (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٥ - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا أخذ المشتري كل عاتقه قيمة الرهن الذي يشغل العين المبيعة ، فالفرق بين قيمة الرهن الحقيقية والقيمة المسماة في هذا البيع يفيد منها المشتري لأن الشرط بفسر لصالحه (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢) . وكان القضاء المختلط يجرى بذلك على حكم نص التقنين المدني الفرنسي ، مع أن نص المادة ١٦٠٢ من هذا التقنين لم تنقل في التقنين المدني المختلط . هل أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مع ذلك في حكمها بأن القواعد العامة هي التي تسرى في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري ، فالتك في الثمن يفسر لمصلحة المشتري والشك في المبيع يفسر لمصلحة البائع (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٥) .

وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه متى تبين أن محكمة الموضوع قد فسرت شروط البيع في =

الفرع الاول

التزامات البائع

٢٢٦ - التزامات أربعة : يلتزم البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص ، بالتزامات أربعة : (١) نقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) تسليم المبيع له (٣) ضمان التعرض والاستحقاق (٤) ضمان العيوب الخفية (١).

المبحث الأول

نقل ملكية المبيع

٢٢٧ - المفهوم بالمبيع - نصوص النصوص القانونية : قدمنا (٢) أن المبيع قد يكون حق ملكية وهو الغالب ، وقد يكون - نقماً عينياً آخر متفرعاً من حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر ، كما يكون حقاً شخصياً فيسمى البيع عندئذ بحالة الحق ، بل قد يكون المبيع حقاً معنوياً كحقوق المؤلف والملكية الفنية والملكية الصناعية .

= خصوص تحديد كية المبيع نصراً سائفاً لم تخرج به عن حد حمل عباراتها على ما يمكن أن تحتله ، ودعمت حكمها في هذا الخصوص بما يؤيده من اعتبارات معقولة ، فإن ذلك مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٣) .

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والمقود البناني النصوص المتعلقة بانتقال ملكية المبيع في فصل خاص ، ثم أورد بعد ذلك سائر التزامات البائع ، بعد أن جمع على غرار التقنين المدني الفرنسي بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية تحت عبارة « ضمان المبيع » ، فنص في المادة ٤٠١ م (أنظر أيضاً المادة ١٦٠٣ مدني فرنسي) على ما يأتي : « هل البائع واجباً أساسياً : أولاً . تسليم المبيع . - ثانياً . ضمان المبيع . » .

(٢) أنظر آنفاً فترة ١٠١ .

وفي جميع هذه الأحوال ينقل البيع الحق كما هو ، بمقوماته وخصائصه ، من البائع إلى المشتري طبقاً للقواعد والإجراءات التي قررها القانون . فيبيع الدار بترتب عليه نقل ملكية الدار إلى المشتري ، ويبيع حق الانتفاع بترتب عليه نقل حق الانتفاع (أو ملكية حق الانتفاع) ، ويبيع الحق الشخصي بترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصي ، ويبيع حق المألف بترتب عليه نقل ملكية هذا الحق ، وهكذا . وهذا هو الذي نعينه بنقل ملكية المبيع .

وقد نظم التقنين المدني نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في نصوص متفرقة : هي المواد ٢٠٤ إلى ٢٠٧ مدني والمواد ٢٢٨ إلى ٤٣٠ مدني والمواد ٩٣٢ إلى ٩٣٤ مدني ، وسنعرض لهذه النصوص فيما يلي . أما نقل الحق الشخصي - وهذه هي حوالة الحق - فقد عرض له التقنين المدني في المواد ٣٠٣ إلى ٣٢٤ مدني ، وقد سبق بحث حوالة الحق في الجزء الثالث من الوسيط فسنستبعدا من بحثنا هنا . وكذلك نستبعد نقل الملكية المعنوية كحقوق المؤلف لأنها قرآنين خاصة أشارت إليها المادة ٨٦ مدني إذ تقول : « الحقوق التي تزد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » .

فيبقى إذن للبحث نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرقة عن الملكية ، وذلك عن طريق عقد البيع . وهذه هي الحقوق التي نعينها بلفظ « المبيع » ، فإذا قلنا نقل الملكية في المنقول أو في العقار ، قصدنا بذلك نقل الملكية في منقول أو عقار ، أو الحقوق المنشئة عن حق الملكية وتكون واقعة على منقول أو عقار . وعلى هذا الوجه نبحت ما يأتي : (١) نقل الملكية بوجه عام (٢) نقل الملكية في المنقول (٣) نقل الملكية بالعذر .

المطلب الأول

نقل الملكية بوجه عام

٢٢٨ - مسائل مهمات : لم يكن البيع في القديم يولد التزاماً بنقل الملكية ، فلم يكن عقداً ناقلاً للملكية . ولكنه تطور بعد ذلك تدرجاً ، حتى أصبح ينقل الملكية فنبحت في هذا الصدد مسائل ثلاثاً : (١) التطور التاريخي

للبيع كعقد ناقل للملكية (٢) تحليل معنى نقل الملكية (٣) ما يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما يترتب على نقل الملكية فعلاً .

١٥ - التطور التاريخي للعقد ناقل للملكية

٢٢٩ - البيع في القانون الروماني : كان البيع في القانون الروماني عقداً لا ينقل الملكية بذاته ، بل الذي كان ينقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون : الإشهاد (mancipatio) أو التنازل القضائي (jure in cessione) أو القبض (traditio) أو التقادم (usucapio) .

بل لم يكن البيع يترتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، وكان كل ما يلتزم به البائع بمجرد البيع - ما لم يوجد شرط صريح في العقد يلزمه بنقل الملكية - هو أن ينقل إلى المشتري حيازة هادئة بموجبها يضع يده على المبيع كالك دون أن يتعرض له أحد ودون أن يتعرض له البائع نفسه . فكان البائع ، إلى جانب التزامه بنقل هذه الحيازة ، يلتزم أيضاً بضمان التعرض الصادر من جهته هو أو الصادر من أجنبي . وكان هذا يعتبر كافياً لتحقيق الغرض الذي يستهدفه البيع ، فدام المشتري واضعاً يده على المبيع بحوزة حيازة هادئة ، ويستفيد به بجميع الطرق المنشروعة ، دون أن يتعرض له أحد في ذلك ، فما عليه ألا يكون مالكا وقد حوى في يده جميع الميزات التي يتوخاها من كسب هذه الملكية . وكان يترتب على ذلك أن البائع في القانون الروماني يصح أن يستبقى الملكية عنده دون أن ينقلها إلى المشتري ، والضمان الذي يكفل للمشتري تحقيق بغيته هو التزام البائع بعدم التعرض له . بل كان يترتب على ذلك أن الشخص كان يستطيع بيع ملك غيره ، وكان بيع ملك الغير صحيحاً مادام البائع ، دون أن يكون مالكا ، قادراً على نقل حيازة المبيع إلى المشتري على النحو الذي أسلفناه ، وقادراً في الوقت ذاته على منع أي عمل يكدر على المشتري حيازته إذ هو ضامن له التعرض والاستحقاق كما سبق القول .

على أن البيع في القانون الروماني ، إذا كان لا يلتزم بنقل الملكية ، كان من طبيعته نقلها . والدليل على ذلك أمران : (أولهما) أنه كان يجوز للمشتري

أن يشترط في عقد البيع على البائع أن ينقل له ملكية المبيع ، وكان هذا الشرط صحيحاً لأنه يتألف مع طبيعة البيع ، وعند ذلك كان على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشتري ولا يقتصر على نقل الحيازة المادية . (والأمر الثاني) أنه كان لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري ألا ينقل له ملكية المبيع ، فهذا الشرط يتنافى مع طبيعة البيع ، ومن ثم كان غير جائز (١) .

٢٣٠ - البيع في القانون الفرنسي القديم : وانتقلت أحكام

القانون الروماني في هذا الصدد إلى القانون الفرنسي القديم ، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يرتب التزاماً بنقلها . وبقي من طرق نقل الملكية ، وهي الأوضاع المادية التي كانت مائدة في القانون الروماني ، القبض وحده ، بعد أن احتج الإشهاد والتنازل القضائي . فكان البيع في القانون الفرنسي القديم ينقل إلى المشتري حيازة هادئة على أساس أنه مالك ، ولم تكن الملكية تنتقل إليه إلا بالقبض ، ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً في هذا القانون . وبقي القانون الفرنسي القديم على هذا النحو إلى آخر مراحلها ، حتى أن بوتييه ، وهو الفقيه الذي ختم عهود القانون الفرنسي القديم ، لم يدخل في تعريف البيع أنه ينقل الملكية إلى المشتري (٢) .

على أن تطور القانون الفرنسي القديم طوال مراحلها أدى إلى أن يكون البيع

(١) والسبب في أن القانون الروماني لم يكن يجعل البيع ناقلاً للملكية أن حق التملك كان مقصوراً على المواطن الروماني . ولما ألزمت ضرورات التطور التعامل مع غير المواطنين الرومانيين ، ووجب التوفيق بين هذه الضرورات وبين القواعد القانونية العتيقة ، جعل أثر البيع مقصوراً على تمكين المشتري من الاستفاد بالمبيع ، وبهذا تيسر التعامل مع غير المواطنين الرومانيين (كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٠٨) .

(٢) فقد عرف بوتييه "بيع على النحو الآتي : البيع عقد بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين ، وهو البائع ، نحو المتعاقد الآخر أن ينقل إليه شيئاً يحوزة كمالك (lui faire avoir librement à titre de propriétaire une chose) فمن هو مبلغ معين من النقود ، ويلتزم المتعاقد الآخر ، وهو المشتري ، في مقابل ذلك أن يدفع الثمن (بوتييه في عقد البيع فقرة ١) ، ويقول بوتييه ، في تعليقه على هذا التعريف ، إن البائع يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وبضمان التعرض والاستحقاق ، ولكنه لا يلتزم بنقل الملكية فعلاً إلى المشتري (بوتييه في البيع فقرة ١ - وانظر بودري وسينيا فقرة ٦ ص ٥) .

صيلاً غير مباشر لنقل الملكية ، لا لأنه كان يرتب التزاماً بنقل الملكية ، بل لأن التعامل قد جرى على أن تنتقل الملكية إلى المشتري بالقبض . ثم أُلّف الناس أن يجعلوا هذا القبض أمراً ضرورياً ، فكانوا يكتبون في بيعاتهم أن القبض قد تم (clause de dessaisine-saisine, vest et devest) فكان من وراء هذا القبض الصوري أن تنتقل الملكية إلى المشتري ، والمفروض أنها انتقلت بالقبض ، والواقع أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد . على أن ذكر حصول القبض مالبث أن أصبح هو أيضاً شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقد البيع .

٢٣١- البيع في الفقه الإسلامي : وقد جاوز الفقه الإسلامي هذه المرحلة التي وصل إليها القانون الفرنسي القديم ، فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة ، ويصبح المشتري للمقار أو للمنفول مالكاً للمبيع بمجرد العقد . وقد جاء في البدائع (١) : « وأما بيان صفة الحكم فله صفتان . . الثانية الحال ، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال ، لأنه تملك بتمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضى ثبوت الملك في البدلين للحال . بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، فيمنع وقوعه تملكياً للحال . وبخلاف البيع الفاسد ، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تملكياً عنده . » . ويبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذي ينتقل الملك ، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد ، أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع في الفقه الإسلامي أن يملك المشتري التصرف في المبيع بمجرد البيع ، حتى قبل القبض . وهذا هو مذهب مالك (٢) ، أما عند الشافعية والحنابلة فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع

(١) جزء ٥ ص ٢٤٢ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ١٢٥ .

قبل قبضه سواء كان منقولاً أم عقاراً (١) . وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشتري التصرف في المنقول قبل قبضه إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع بذلك ويؤدي إلى الضرر بالمشتري الجديد ، ويجوز التصرف في العقار قبل قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن هلاك العقار غير محتمل (٢) .

يخلص مما تقدم أن الملك ينتقل بالبيع في الفقه الإسلامي ، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، فهو الذي يظن أن المشتري في التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا .

٢٣٣ - البيع في القانون الحديث - القانون الفرنسي والقانون

المصري : ولما رأى واضعو تقنين نابليون إلى أين انتهى التطور في القانون الفرنسي القديم على النحو الذي أسلفناه ، خطروا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور ، فجعلوا البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي لا تزال تحمل أثر القانون الفرنسي القديم (٣) ، إلا أن سائر النصوص في هذا التقنين قاطعة في أن البيع أصبح بذاته ناقلاً للملكية . من ذلك المادة ١٥٨٣ مدني فرنسي وهي تقول : . . يكسب المشتري من البائع قانوناً ملكية المبيع ، بمجرد اتفاقهما

(١) ويذكرون لتعليل ذلك أسباباً مختلفة : منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض ، فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن يتصرف فيه . ومنها أن المبيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يبيع ما ليس في ضمانه . ومنها أن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم ، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه . انظر الأمل للشافعي جيزه ٣ ص ٦٠ - فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ - ص ٧٥ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٤ - ص ٨٥ .

(٣) إذ تعرف البيع على الوجه الآتي : * البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم المبيع ، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه . وهذا هو الأصل الفرنسي للنص :

Art. 1582 : La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

هل المبيع والثمن ، ولو كان المبيع لم يسلم . الثمن لم يدفع (١) .

وجاءت نصوص التقنين المدني المصري - القديم والجديد - صريحة في أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) .

ومن ثم صار يبيع ملك الغير لا يتلاءم مع طبيعة البيع بعد أن أصبح البيع ناقلاً للملكية ، فجاءت النصوص صريحة في بطلان بيع ملك الغير في كل من التقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً .

٢٥ - تحليل معنى نقل الملكية

٢٣٣ - الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعمل : يجب التمييز

بين ترتيب البيع لالتزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام بنقل الملكية فعلاً ، وإن كان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كفائدة عامة فوراً بمجرد نشوئه . على أنه قد سبق تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أعمال تهديدية يلتزم بها البائع ، ولا بد على كل حال من توافر شروط معينة حتى يتم نقل الملكية فعلاً . فإذا قام البائع بما هسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التهديدية لنقل الملكية ، وتوافرت الشروط الواجبة لنقلها ، انتقلت فعلاً من البائع إلى المشتري بحكم القانون وقد كسبها المشتري بعقد البيع .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي لنص :

Art. 1583 : ... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

وانظر أيضاً المادتين ٧١١ و ١١٣٨ من التقنين المدني الفرنسي ، وانظر الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي وهي تصرح بأن هذا التقنين جعل البيع ينقل ملكية المبيع من تلقاء نفسه (بودرى ومينيا فقرة ٨ - فقرة ١٠) . وهذا لا يمنع من أن تكون هناك إجراءات تلابس عقد البيع لينقل الملكية ، إما بالنسبة إلى الغير ، أو حتى فيما بين المتعاقدين . فتسجيل عقد البيع في المقار ضروري في القانون المصري : لا فحسب لنقل الملكية في حق الغير ، بل أيضاً لنقلها فيما بين المتعاقدين .

(٢) فنصت المادة ٣٠٠/٢٣٥ من التقنين المدني السابق على أن « البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما » . ونصت المادة ٤١٨ من التقنين المدني الجديد على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

فتكلم إذن في القاعدة التي تقضى بأن الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون ، وفي التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، وفي الشروط الواجب توافرها لنقل الملكية فعلاً .

٢٣٤ - الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون :

جرى للتقنين المدني المصري على تقاليد القوانين اللاتينية في الطريقة التي بموجبها ينقل البيع الملكية إلى المشتري . فالبيع ينشئ أولاً التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، إذا توافرت الشروط المطلوبة ، فننتقل للملكية فعلاً إلى المشتري . فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع ، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة التقنية ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها ، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام .

فالقاعدة إذن أن الالتزام بنقل الملكية بنقل الملكية عن تلقاء نفسه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقلها ، ومتى توافرت الشروط الواجبة لذلك . وهذا ما قرره المادة ٢٠٤ مدني إذ تقول : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدته المادة ٩٣٢ مدني وأحالت على النص السالف اذكر إذ تقول : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والمقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمنتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

وقد سبق أن عالجت هذه المسألة في الجزء الثاني من الوسيط (٢) ؛ فكتبنا ما يأتي : « وبلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل

(١) وقد نصت المادة ٣٩٣ من تقنين الموجبات والمقود البناني على ما يأتي : « إن بيع المقار أو الحقوق العينية المترتبة على أى عقار لا يكون له معمول حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري » . ونصت المادة ٣٩٤ من نفس التقنين ما يأتي : « إن المشتري يكتب حيناً ملكية المبيع إذا كان عيناً معينة عندما يصبح لبيع تاماً باتفاق المتعاقدين ، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف كالنص الوارد في المادة السابقة . ويكون الأمر كما تقدم حتى في الحالاتين الآتيتين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع منعقد على شرط الإلغاء » .

(٢) فقرة ٤١٦ .

الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه . - تلقاء نفسه فننقل الملكية إلى المالك بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تختلف عن تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد . ثم كتبنا في الحاشية « وبذهب بنكاز Bonnecase إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته بنقل الملكية دون افتراض التزام وهو م سبق نقل الملكية ، وينقص بمجرد أن ينشأ . ويمكن للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله بنقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر : أنظر التصرف القانوني والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧ . على أنه في بلد تتبع نظام السجل العقارى Livre Foncier يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه ، يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد في السجل العقارى . وفي فترة الانتداب التى تحتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقارى يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية باسـس ، فالعهد بشئ التزاما بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . »

قلنا إنه قد توحّد أعمال ضرورية يلتزم البائع القيام بها تمهيداً لنقل الملكية ، وهناك شروط يجب توافرها حتى يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فوراً بحكم القانون فننتقل الملكية فعلاً إلى المشتري ، فما هى هذه الأعمال ؟ وما هى هذه الشروط ؟

٢٣٥ - التزام البائع بالأعمال التمهيديّة الضرورية لنقل

الملكية - نص قانونى : تنص المادة ٤٢٨ من القانونين الذى على أنه « يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وأن

(١) قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباق فترة ١١ ص ١٥ - ص ١٦ وفترة ٨٠

٢. عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً (١) .

فقد تكون هناك أعمال ضرورية ، إيجابية أو سلبية ، لا بد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى ؛ لكن أن ينتقل الحق المبيع (٢) إلى المشتري . وتورد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أمثلة لهذه الأعمال فنقول : قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ، إيجابية أو سلبية ، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً . من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل ، وتصديق البائع - إمضائه تمهيداً لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع ، وفرز الطلبات ، والامتناع عن التصرف في العين تصرفاً يضر بالمشتري (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديا . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤١١ من المشروع الثماني . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٢ - ص ٤٣) . ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان معزولاً به دون نص لا تتواءم مع القواعد العامة .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدنى السوري المادة ٣٩٦ (مطابقة) ، وفي التفتين المدنى الليبي المادة ٤١٧ (مطابقة) ، وفي التفتين المدنى العراقي المادة ٥٣٥ (مطابقة) ، ولا مقابل لها في تفتين الموجبات والعقود البناني ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة في القانون البناني . انظر في القانون المدنى السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٩ - فقرة ٩٠ ، وفي القانون المدنى العراقي الأستاذ عباس حنين الصراف فقرة ٢٩٨ - فقرة ٢٩٩ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في عبارة « الحق المبيع » : « وهذه عبارة عامة لا تقتصر على نقل الملكية ، بل تشمل أى حق عيني أو شخصي يقع عليه البيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٣) . وبديهي أن التزام البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق يقصد به أن يلتزم بما هو ضروري من جانبه ، ولا شأن له بما يجب على المشتري أن يقوم به لنقل الملك (قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٩ هامش ١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٣ .

التمهيدى في صدد هذا النص : « وعلى البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المباع ، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف : وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع كمستندات الملكية والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري وصورة من المستندات التي يستبقيها لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشتري (١) » . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) » .

ويتبين مما قدمناه أن هناك نوعين من الأعمال يلتزم البائع بهما ، أعمالا إيجابية وأعمالا سلبية (٢) .

أما الأعمال الإيجابية التي من شأنها التمهيد لنقل الملكية ، فتلها في العقار
تصديق البائع على إمضائه حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد (١) ، وشهر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٥٢ - ص ٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ في الهامش .

(۳) امتحان محلط ۲۱ دسمبر سنہ ۱۹۲۶ م ۳۹ ص ۱۰۱ — ۷ فربر سنہ

١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ .

(٤) ولكن كتابة العقد وما يبق ذلك من إجراءات في قسم المساحة وإعداد العقد بوجه هام للتسجيل يقع على المشتري لا على البائع ، وليس البائع ملزماً إلا بتقديم البيانات اللازمة لإعداد العقد لتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن : « كما قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وللقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق هل الإيضاعات عند تقديم العقد فتوقع عليه . ولما كان المشتري هو الملتزم بدفع هذه الرسوم ، فإنه هو الذي يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التي يحصل عليها ، سواء من البائع أو من الأوراق ، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم كتاب المحكمة لإيضاح العقد . وإذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد وتقديمه للمشتري لإيضاحه ، خصوصاً إذا كان العقد الابتدائي صريحاً في أن البائع غير ملزم إلا بإيضاح العقد النهائي وكان المشتري لم يطلب من البائع في الإنذار الذي وجهه إليه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائي (نقض مدعي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا استخلص من نص العقد أن المشتري هو الذي يحضر العقد النهائي وأن ما انخرم به البائع هو أن يذهب مع المشتري في اليوم الذي يحدده إلى ديوان المساحة لمراجعة العقد والصادقة عليه أمام رئيس السلم ، تبين على المشتري ، بدلاً من إنذار البائع بتحرير العقد النهائي في أجل معين ،

حق الإرث الواجب حصره قبل تسجيل البيع (١) ، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كسندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان بحدود العقار . ومثلها في المقول إفراد المبيع إذا لم يكن معبأً إلا بجنسه ونوعه ، لأن الملكية في هذه الحالة لا تنتقل إلا بالإفراد . أما بيان ما على للعقار من حقوق وتكاليف ، وشطب هذه الحقوق والتكاليف ، فهذا لا يبدو ضرورياً لنقل الملكية ، ولكنه لا يزال عملاً يلتزم به البائع ويدخل في التزامه العام بضمان الاستحقاق ، وسيأتي بيان ذلك . كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري : كمقد إيجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسرى في حق المشتري وبيان بما لا يزال باقياً في ذمة المستأجر . الأجرة ، ومقد رهن نقل به المبيع فأصبح للدائن المرتهن حق تتبع العين في يد المشتري (٢) ، ليس ضرورياً لنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وإن كان لا يزال التزاماً في ذمة البائع تابعاً لالتزامه العام بضمان الاستحقاق .

وأما الأعمال السلبية التي يلزم البائع الكف عنها حتى ينسبر نقل الملكية المشتري ، مثلها أن يتصرف البائع في العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشتري من التسجيل قبل المشتري الأول ، وأن يتصرف البائع في المقول بعد البيع وسلمه للمشتري الثاني إذا كان هذا حسن النية . فيجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال ، إذ من شأنها أن تجعل نقل الملكية إلى المشتري مستحيلاً ، ويمكن أن يندرج هذا الالتزام أيضاً تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق كما سنرى . ومثل ذلك أيضاً أن يبلحق البائع بالمبيع تلفاً أو تخريباً بحيث تهلك العين هلاكاً كلياً أو جريئاً فتعذر انتقال ملكيتها خاصة إلى المشتري ، وهذا أيضاً

= وهو عمل لم يلتزم به ، أن يحدد في إداره يوماً للذهاب إلى ديوان المساحة (نقص مدني ١ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقص ٢ رقم ٧٨ ص ٤٢٣) - أنظر أيضاً الأستاذ أورد سلطان فقرة ١٥٢ .

(١) الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٩ .

(٢) وقد يستحق البائع مستند الدين والرهن في يده لأنه لا يزال ملزماً بالدين ، ويعطى صورة من هذا المستند المشتري .

يمكن إدخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض (١). وهناك من الأعمال ما لا يجعل نقل الملكية للمشتري مستحيلاً ولكن يجعله عسيراً. وهذه أيضاً يجب على البائع أن يكف عنها ، إذ النهى كما رأينا يلزمه ، أى يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً . مثل ذلك أن يخفى البائع مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية ، فهذه يجوز للمشتري الحصول عليها ولكن بمشقة ، فاختارها يجعل نقل الملكية شاقاً ، ومن ثم يلزم البائع أن يكف عنه .

٢٣٦ - الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري :

فإذا قام البائع بالأعمال التمهيدية لنقل الملكية انتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بحكم القانون ، وذلك إذا توافرت الشروط المذكورة في المادة ٢٠٤ مدني والمادة ٩٣٢ مدني السالفة الذكر . وهي شروط ثلاثة : (١) أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات . (٢) أن يكون مملوكاً للبائع . (٣) وألا يتعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين (٢).

أما أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات فهذا شرط طبيعي ، فإن الملكية

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بمصدور قانون تقسيم الأراضي رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ ، وأن امتناع المساحة من تسجيل العقد كان متوقفاً كآثر من آثار هذا القانون ، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل لتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ ، فإن ذلك يكون استخلاصاً موضوعياً سائفاً لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدني ٢٨ يوليئ سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩) .

(٢) هذه هي الشروط اللازمة لانتقال الملكية فعلاً إلى المشتري ، ولا يشترط غيرها . فتنتقل الملكية إلى المشتري إذا توافرت هذه الشروط ، حتى لو كان متفقاً بين المتبايعين تأجيل تسليم المبيع ، أو تأجيل دفع الثمن ، أو دفعه أقساطاً على تفصيل ستورده فيما بعد ، وحتى لو كان البيع مطلقاً على شرط فاسخ . أما إذا كان البيع مسماً على شرط واقف ، فإن نقل الملكية يقف حتى يتحقق الشرط . وقد نعت المادة ٣٩٤ من تقنين أصوليات والعقود استأجر صراحة عن هذا الحكم كما رأينا إذ تقول : « ويكفي الأمر كما تقدم (أى يكسب المشتري ملكية المبيع) حتى في أخالتين الآتيتين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع منعقداً عن شرط الإنهاء » .

لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا في شيء معين بالذات . بل إن هذا الشرط لم يتسبح ذكره ضرورياً بعد ما قررنا من أن البائع يلتزم بالأعمال الضرورية التي تمهد لنقل الملكية ، فمن بين هذه الأعمال إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بالنوع كما سبق القول ، فتنى ، قام البائع بالتزامه وأفرز المبيع ، فقد أصبح المبيع عيناً معينة بالذات وتوافر الشرط . على أن المبيع قد يكون غير معين بالذات في حالتي أخريين : (الحالة الأولى) بيع شيء لم يصنع بعد ، كما إذا باع مصنع نسيج كيات من القماش لم يبدأ نسجها ، فيكون المبيع هنا شيئاً غير معين بالذات ، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بعد تمام نسجه . ولا يعتبر الغزل الذي يصنع منه النسيج ملكاً للمشتري ، بل يبقى ملكاً للمصنع إلى أن يتم نسجه ، ذلك أن المصنع لم يبيع غزلاً وإنما باع نسيجاً (١) . (الحالة الثانية) بيع

(١) فإذا تم صنع الشيء أو تقدم صنعه لدرجة تكفل لتعيينه ، وب ملكيته تنتقل إلى المشتري من هذا الوقت ولو قبل التسليم ، فيكون ضماناً لدائنيه ولا يجوز لصانع إنتاجه (بيدا ١١ فقرة ١٦٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥) . وكان الفقه في فرنسا يذهب إلى أن ملكية الشيء الموصى بصنعه (chose à fabriquer) لا تنتقل إلا بتسليمه للمشتري وقبله منه ، فهو بيع على تسليم (vente à livrer) ، وذلك كالأثاث الموصى بصنعه يبق على ملك الصانع إلى أن يتم تسليمه للمشتري (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ - بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٨٩٥) . ثم اتجه القضاء الفرنسي إلى أن نقل للملكية يتم بمجرد الانتهاء من صنع الشيء أو التقدم في صنعه بحيث يكون ذلك كافياً في تعيينه كما سبق القول ، ونرى أعضاء بعض الفقهاء كما رأينا (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥) . على أن يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن الملكية لا تنتقل إلا عند قبول المشتري الشيء الموصى بصنعه وتسليمه إليه ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من أن البائع هو الذى يورد الخامات التي يصنع منها الشيء (بيدا ١١ فقرة ١٦٧) .

وفى الأشياء التي تصنع على نموذج واحد (fabrication en série) يعتبر المبيع بعد الانتهاء من صنعه شعباً بنوعه فقط ، ومن ثم يجب إفرازه بعد ذلك لتعيينه بذاته ، فتنتقل ملكيته من وقت الإفراز (بيدا ١١ فقرة ١٦٧ - ديمرج ٦ فقرة ٦٥ - كولان وكايبان ١ فقرة ١٩٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥) .

وفى بيع المحصولات المستقبلية إذا كان البيع جزائياً ، تنتقل الملكية بوجود المحصول : منذ بدء وجوده والتمتاده أو من وقت حصاده وجمعه بحسب قصد المتعاقدين ، وعند الشك يكون من وقت الحصاد والجمع . وإذا كان البيع بالتقدير ، لم تنتقل الملكية إلا بالإفراز كما فى سائر بيعوع التقدير (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٤)

يكون محله تخبيرياً (alternatif) ، فلا يتعين المبيع في هذه الحالة إلا عند ما يعمل صاحب الخيار خياره ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا عندما يتم الاختيار . وقد رأينا عند الكلام في الالتزام التخيري أن أعمال الخيار له أثر رجعي فيستند إلى وقت البيع ، وتعتبر الملكية قد انتقلت من وقت البيع لا من وقت أعمال الخيار . أما لو كان الحل بدلاً (facultatif) ، فإن المبيع يكون معيناً بالذات من وقت البيع ويكون هو الشيء الأصلي لا البديل ، وإن كان يحق للبائع أن يبرئ ذمته من التزامه باعطائه البديل دون الشيء الأصلي (١) .

وأما أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فهذا أيضاً شرط طبيعي ، فملكه لا تنتقل إلا عن مالك . وإذا لم يكن البائع مالكا لم يستطع أن ينقل ملكية المبيع فإن فاقده الشيء لا يعطيه ، كما لا تنتقل الملكية عن المالك الحقيقي فإن هذا أجنبي عن البيع فلا يسرى في حقه . وقد بسطنا تفصيل القول في ذلك عند الكلام في بيع ملك الغير .

بقى الشرط الثالث ، وهو ألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين . أما القانون فيعلق نقل الملكية في العقار على التسجيل ، وفي المقول غير المعين بالذات على الإفراز ، كما رأينا . وكل من التسجيل والإفراز يدخل في الأعمال التمهيدية التي يلتزم بها البائع حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، كما سبق القول . وأما الاتفاق فقد يتم بين المتعاقدين على تأخير نقل الملكية إلى حين استيفاء شرط معين . يتفق المتبايعان مثلاً على ألا تنتقل الملكية إلا عند تسليم المبيع إلى المشتري أو إلا عند القيام بأجراءات معينة (٢) ، أو يكون البائع غير مالك للمبيع

= والانتاج انقضى لا تنتقل ملكيته إلى من اشتراه إلا إذا سلمه الفنان للمشتري أو وضعه تحت تصرفه ، لأن الفنان له وحده الحق في نشر إنتاجه متى أراضاه (الأستاذ ع. المنعم البدراني ، فقرة ١٧٦) .

(١) أنظر في كل ذلك بودري وسينيا فقرة ١١ - فقرة ١٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠ - فقرة ١١ .

(٢) ولا يعتبر البيع هنا معلقاً على شرط بل هو بيع منجز ، والمعلق على الشرط هو تنفيذ البيع لا انعقاده (لوران ٢٤ فقرة ٤ - أوبري ورو ٢٤٩ فقرة ٢٤٩ هامش ٣٩ - بودري وسينيا فقرة ١١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠) .

وقت البيع فينتق مع المشتري على تأخير نقل الملكية إلى أن يحصل هو عليها ، أو ينتق المتبايعان على ألا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد أن يوفى جميع أقساط الثمن وهذا هو البيع بالتقسيط . ونلاحظ فيما قدمناه أمرين : (الأمر الأول) مهما يكن شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ، فإن هذا لا يمنع عقد البيع من أن يرب في الحال التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية ، والذي يتأخر ليس هو نشوء هذا الالتزام بل تنفيذه . (والأمر الثاني) أن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل بعده الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية إلى حين تحققه . ذلك أن الملكية تستعصى طبيعتها على أن تفتن بأجل ، فالأجل يجعلها موقنة والملكية حتى دائم لا يمحى التوقيت (١) . فتأخير نقل الملكية إلى حين التسليم ولو عين للتسليم مدة محددة ، هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ، وليس تأجيلاً لنقل الملكية إلى حين انقضاء هذه المدة المحددة . وتأخير نقل الملكية إلى أن يحصل البائع عليها من المال الحقيقي هو تعليق لنقل الملكية على شرط حصول البائع عليها ، وكذلك تأخير نقل الملكية إلى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط .

٢٣٧ - البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن -

أما : ومن أهم الصور العملية للاتفاق على تأخير نقل الملكية اتفاق المتبايعين على أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على الوفاء بجميع أقساط الثمن . وهذا هو البيع بالتقسيط أو الإيجار السائر للبيع لأن المتبايعين كثيراً ما يسميان

(١) وقد درج الفقه في مصر وفي فرنسا على التحدث عن اقتران الملكية بأجل . وفي رأينا أن هذه نظرة فقهية غير سليمة . فالملكية كما قدسنا حتى دائم تستعصى طبيعتها على التوقيت ، والأجل توقيت فلا يجوز أن تفتن به الملكية . وإذا اتفق البائع مع المشتري مثلاً على ألا تنتقل إليه ملكية الدار المسبة إلا بعد سنة ينتفع بها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحوزة الانتفاع بالدار مدة السنة ، أما الرقبة فتنقل إلى المشتري دون انتظار انقضاء السنة . وهذا التفسير ينطبق بجميع الأعراض التي قصد إليها المتبايعان ، فقد احتفظ البائع بحقه في سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية في الرقبة دون المنفعة إلى المشتري قبل انقضاء السنة . وإذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انتفاعاً ورقبة ، مدة سنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئاً ، الواقع أنه يكون في نفس الوضع الذي احتفظ له لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذي يستطيع أن يستنله وأن يتصرف فيه أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يفيد شيئاً ، ولا يجدي ملكية الرقبة إلا إذا كانت ملكية دائمة

البيع في هذه الحالة إيجاباً . وقد وردت المادة ٤٣٠ مدني ، كما رأينا ، في صدد هذا البيع إذ تقول : ١٥ - إذا كان البيع موحس الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . ٢ - فإذا كان الشئ يذوق أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يثبثا على أن ينسب البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يختص التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ . ٣ - فإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع . ٤ - ونسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي التعاقدان بيع إيجاباً .

ونقتصر هنا على إبراد النص ، وقد سبق تفصيل القول فيه ، فنكتفي بالإحالة على ما قلناه في ذلك (١) .

٣٥ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية

وما الذي يترتب على انتفاؤها فعلاً

٢٣٨ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية : يقرر الفقيه المدني كقاعدة عامة أن كل التزام بنقل حق عيني - ويسدج تحت ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع - يتضمن في الوقت ذاته التزاماً بتسليم الشئ الذي تعلق به الحق العيني وبالمحافظة على هذا الشئ حتى يتم التسليم . وقد رأينا (٢) أن المادة ٢٠٦ مدني تنص في هذا الصدد على أن : الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم .

ويبين من ذلك أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع يتضمن التزامين تبعيين ، أحدهما التزام بتسليم المبيع إلى المشتري وهو التزام بتحقيق غاية ، والثاني التزام

(١) أنظر آتياً فقرة ١٠ - فقرة ٩٤ .

(٢) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٤ .

بالمحافظة على المبيع إلى أن يتم تسليمه للمشتري وهو التزام ببذل عناية (١) .
وسنطة التبعية التي ألبستها للالتزام بتسليم المبيع أهمية كبيرة في تحمل تبعه
هناك المبيع قبل التسليم . وذلك أن الالتزام بالتسليم إذا كان التزاماً تبعياً ، فإنه
يكون التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا يخلص المبيع مادياً للمشتري
إلا بتسليمه من البائع . ومن ثم إذا هلك المبيع قبل التسليم هلك على البائع ،
حتى لو كانت ملكية المبيع قد انتقلت قبل التسليم إلى المشتري ، فإهلاكه لا يكون
على المالك كما هو الأصل ، بل يكون على المدين بالتسليم .

وقد سبق أن كتبنا في هذا الصدد في الجزء الثاني من الوسيط (٢) : وإذا كان
الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك
يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن
تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم
في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ
لا تختص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو
مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة
في كل من البيع والقسمة (٣) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في تحمل
تبعة هلاك المبيع قبل التسليم (٤) .

(١) ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أنه إذا لم يتم تسليم المبيع
إلى المشتري ، ولو بغير خطأ البائع بل ولو بقوة قاهرة ، كان البائع مخلاً بالتزامه ، وينبغي
على ذلك فسخ البيع أو انقضائه وتحمل البائع تبعه هلاك المبيع قبل التسليم كما سنرى . ويمكن
الوصول إلى هذه النتيجة من طريق آخر ، هو القول بتبعية الالتزام بتسليم المبيع على الوجه
أمر من ذكره . ويترتب على أن الالتزام بالمحافظة على البيع التزام ببذل عناية أن البائع يعتبر
قد قام بالتزامه إذا هو بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المبيع قبل تسليمه ، ولا يكون
مستولاً عن هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً إلا بموجب التزامه بالتسليم على النحو الذي بيناه .
(٢) فقرة ٤٣١ .

(٣) وهذه هي أيضاً القاعدة في الفقه الإسلامي ، فالمبيع يهلك قبل التسليم على البائع ، ولو
أن الملكية انتقلت إلى المشتري .

(٤) وسنرى هناك أثر الإضرار في تحمل تبعه الهلاك (م ٢٠٧ مدني - الوسيط ٢ فقرة ٤٣٢) .
وانظر في تقنين الموجبات والمقود البناني المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ ، وهو كالنقنين المدني الفرنسي
يحمل المشتري باعتباره مالكاً تبعه هلاك المبيع قبل التسليم .

٢٣٩- ما الذي يترتب على انتقال الملكية فمعول للمشتري: فإذا توافرت الشروط الواجبة لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وهى الشروط السالفة الذكر، فأصبح المشتري مالكا للمبيع، ترتب على ذلك النتائج الآتية:

أولاً - يكون للمشتري حق التصرف في المبيع باعتباره مالكا له، ولو قبل أن يتسلمه من البائع. ويستوى في ذلك العقار والمنقول (١). أما المنقول فظاهر، فهو عين معينة بالذات انتقلت ملكيتها إلى المشتري، فلهذا أن يتصرف في ملكه ولو قبل قبضه من البائع. وأما العقار فالمشتري لا يصبح مالكا له إلا إذا سجل عقد البيع، فإذا سجل العقد أصبح مالكا ولو قبل القبض، واستطاع أن يتصرف في المبيع وهو لا يزال في يد البائع (٢).

ثانياً - يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه باعتباره مالكا له، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من صراحة على ذلك، إلا نقول: ولعل ثمر ثمر المبيع

(١) وقد رأينا أن المشتري في أكثر ما نصت الفقه الإسلامي ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه، رغم من أنه أصبح مالكا له (انظر آتيا فقرة ٢٢١). وقد ورد في النص المذكور المراق الفقه الإسلامي في ذلك، نصت المادة ٥٣٥ من هذا النص على أن: "المشتري أن يتصرف في المبيع، مفاراً كان أو مستقراً، بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل القبض". وهذا هو الحكم أيضاً في تدوين المرحلات والعمود الثاني، إذ نصت المادة ٢٩٥ من هذا النص على أنه: "يجوز للمشتري منه إتمام العقد، حتى قبل التسليم، أن يتصرف من المبيع، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص قانوني مخالف". ويجوز للبائع أن يبرع عن حقه في الثمر قبل قبضه. وكذلك هذا هو الحكم في كل من التفنين المدنى السورى والتفنين المدنى اليسى، طبقاً للقواعد العامة في هذين التفنين وهى نفس القواعد العامة في التفنين المدنى مصرى.

(٢) وهذا الحكم صحيح حتى لو لم يسجل عند البيع وكان المبيع لا يزال في يد البائع، فإن المشتري يستطيع حتى عند الحالة أن يتصرف في العقار، وبعد تسجيل البيع الأول يصبح مالكا فيكون التصرف الذى صدر منه قد صدر من مالك، إما بفضل الأثر الرجعى لتسجيل حل الرأى الذى يقول به، وإما باعتبار أن المشتري وثقت أن ما كان لا يملك ثم ملك بالتسجيل فيقلب البيع صحيحاً طبقاً لقواعد بيع ملك الغير المتألف ذكرها.

وقد قصت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كانت حدود الأرض المبيعة فى هذه البيع تحاذى الواقع، فالذى انتقلت ملكيته بالبيع هو ما يملك مع التحديد الوارد فى عقد البيع لا التحديد التوافى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٦٠).

ونفاؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (١) .

ثالثاً - إذا أسس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين المبيع باعتباره قد أصبح ملكاً له ، ولا يراحمه في ذلك دائر البائع (٢) .

رابعاً - تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، لافي حق المتبايعين رحدما ، بل أيضاً في حق الورثة والدائنين . فوارث البائع لا يرث المبيع ، ولا يستطيع دائر البائع أن ينفذ على المبيع . وعلى العكس من ذلك يرث المبيع وارث المشتري ، ويستطيع دائر المشتري أن ينفذ على المبيع .

خامساً - كان من المقبول أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري باعتباره مالكاً ، وهذا هو بالفعل حكم التقنين المدني الفرنسي (م ١١٣٨ وم ١٦٢٤) وحكم تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٣٩٦) ، لولا أن التقنين المدني المصري - ومعه التقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين العراقي - راعى أن الالتزام بالتسليم التزام تيمى كما قدمنا ، فإذا هلك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم انفسخ البيع ، فتحمل البائع تبعه الهلاك ما سياتى .

(١) وهذا هو أيضاً ما تنص عليه المادة ٥٧٢/٢ من التقنين المدني العراقي إذ تقول : **والزيادة الحاصلة من المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقا للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .** وتقضى بذلك أيضاً المادة ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، فتتصّل على أنه **يجب على المشتري عند صيرورة العقد تاماً - ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المبيعة .** ثم تنص المادة ٤١٧ من نفس التقنين على أن **جميع مستجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ تمام البيع .** ويجب أن نعلم إليه مع المبيع ، ما لم يكن هناك نص مخالف . **أسند أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٢٦/٢ من التقنين المدني السوري والمادة ٤٤٧/٢ من التقنين المدني الليبي .**

وانظر في تملك المشتري لثمار المبيع ونفاؤه من وقت تمام البيع وتحمله تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ما يدل فقرات ٣٩٢ - ٣٩٣ .

(٢) وقد نص التقنين المدني العراقي صراحة على هذا الحكم في المادة ٥٢٣ ، وهي تقول : **الحق في المبيع الثمن ثم أسس قبل تسليم المبيع إلى المشتري ، أخذ المشتري المبيع من البائع أن يراحمه سائر التزماء .**

المطلب الثاني

نقل الملكية في المنقول

٢٤٠ - التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بمرره : حتى نتبين كيف تنتقل الملكية إلى المشتري في المنقول : يجب التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه ، فقد رأينا أن الملكية في الحالة الأولى تنتقل فوراً بمجرد تمام العقد ، ولا تنتقل في الحالة الثانية إلا بالإفراز .

وقبل أن نتناول في شيء من التفصيل كلا من الحالتين ، نلاحظ أن هذا التمييز يسرى أيضاً على العقار ، فهناك عقار لا يعين إلا بنوعه كما إذا بيع ألف متر تمرر من أرض مساحتها أكبر من ذلك ، قدسرى في هذه الحالة الأحكام التي سنذكرها في المنقول ، ولا يعين البيع ، ومن ثم لا يمكن تسجيل البيع لنقل الملكية ، إلا بعد إفراز ألف متر بالذات وهي المساحة المبينة (١) . ولكن لما كانت هذه الحالة نادرة ، وبغلب كثيراً أن يكون الشيء المعين بنوعه لا بالذات منقولاً لا عقاراً ، كما بغلب كثيراً أن يكون العقار شيئاً معيناً بالذات ، فقد مررنا للتمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه في صدد المنقول .

١٩ - الشيء المعين بذاته

٢٤١ - انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد : فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، وتوافرت الشروط الواجبة قانوناً التي أسلفنا ذكرها ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد . وعقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية ، بعد أن ينشئ التزاماً ينقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشره على الوجه الذي قدمناه . وقد رأينا أن التقنين المدني المصري قرر هذه القاعدة في المادة ٢٠٤ مدني ، وأكدها في المادة ٩٣٢ مدني (٢) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ ص ٧٧ .

(٢) أنظر آ.أ. غيرة ٢٢٤ .

وتنقل الملكية فوراً بمجرد تمام العقد في المنقول ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

٢٤٢ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين : فننقل الملكية بمجرد تمام العقد أولاً فيما بين المتعاقدين . فلو أن شخصاً باع سيارة معينة بالذات بمركبة له . شخص آخر ، فإن ملكية السيارة تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد تمام عقد البيع (١) . ويترتب على ذلك أن المشتري ، وقد أصبح مالكا للسيارة ، يستطيع أن يتصرف فيها حتى قبل أن يتسلمها من البائع . فإذا باعها لثاني انتقلت ملكيتها من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بمجرد تمام البيع الثاني ، ولو كانت السيارة لا تزال باقية في يد البائع الأول . ولا يعتبر المشتري الثاني « غيراً » ، فسرى أن الغير هو شخص تلقى حقاً عينياً من البائع الأول على نفس المبيع ، والمشتري الثاني إنما تلقى حق الملكية من المشتري الأول لا من البائع الأول .

٢٤٣ - انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير : وتنقل ملكية المنقول بمجرد تمام العقد أيضاً بالنسبة إلى الغير . فلو أن البائع الأول للسيارة في المثال المتقدم باع السيارة مرة أخرى لمشتري آخر ، فإنه يكون قد باع مالا يملك إذ أن الملكية قد انتقلت منه إلى المشتري الأول بالبيع الأول ، لا فيما بينهما فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشتري الآخر الذي تصرف له بالبيع مرة أخرى وهذا هو الغير .

فلو بقيت السيارة في يد البائع الأول ، فإن الذي يستردّها منه هو المشتري الأول لأنه هو المالك ، ويرجع المشتري الآخر بتعويض على البائع الأول إذ أن هذا قد باع مالا يملك كما سبق القول ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير .

وإذا سلم البائع الأول السيارة للمشتري الأول ، فإنه يكون قد سلمها إلى

مالكها ، وليس للمشتري الآخر أن يرجع بشيء على المشتري الأول ، وإنما يكون رجوعه على البائع الأول كما قدمنا .

ولكن إذا سلم البائع الأول السيارة للمشتري الآخر ، وكان هذا المشتري الآخر حسن النية لا يعلم أن السيارة بيعت قبل ذلك للمشتري الأول (١) ، فإنه يملك السيارة . ولكنه لا يملكها بعقد البيع الصادر له من البائع الأول ، فقد قدمنا أن البائع الأول وقت أن باع السيارة للمشتري الآخر لم يكن مالكاً لها ، وبيع ملك الغير لا ينتقل للملكية بذاته . ولكن المشتري الآخر يملك السيارة بسبب غير البيع ، وهذا السبب هو الحيازة بحسن نية . وتنتقل إليه الملكية لأمن البائع الأول فهو غير مالك ، ولكن من المشتري الأول الذي أصبح مالكاً بالبيع الأول كما أسلفنا (٢) . ويملك المشتري الآخر حسن النية السيارة بالحيازة ، حتى لو كان المشتري الأول قد باع قبل ذلك السيارة إلى مشترين في المثل الذي قدمناه ، وإنما تنتقل الملكية في هذه الحالة إلى المشتري الآخر الحائز بحسن نية لا من المشتري الأول بل من المشتري الثاني الذي أصبح مالكاً بالبيع الصادر له من المشتري الأول .

٢٤٤ - انتقال الملكية في البيع الجزاف : أماله : وقد رأينا أن المادة

٢٢٩ مدني تنص على أنه ، إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحر الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع . ومسبق أن حددنا متى يكون البيع جزافاً ، وبيننا أن المبيع إذا كان مما يوزن أو يكل أو يقاس أو يعد ، ولكنه لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً

(١) أما إذا كان المشتري الآخر سيئ النية ، فإنه لا يملك السيارة بالحيازة . وتبقى السيارة ملكة للمشتري الأول ، وله أن يستردّها من المشتري الآخر بدعوى الملكية ، ويرجع المشتري الآخر على البائع الأول كما قدمنا .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٧ ص ١٧٧ - وانظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٥ ، وفي الوسيط جزء ٢ ص ٧٧١ أمش رقم ١ .

عز تقديره ، فان البيع يكون في هذه الحالة جزافاً (١) . وذكرنا أن بيع
الجزاف ، من حيث انتقال الملكية ، حكمه هو حكم بيع الشيء المعين بالذات ،
فنتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٢) .
ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

٢٥ - الشيء معين بنوعه

٢٤٥ - انتقال الملكية بالإفراز : وإذا كان المنقول شيئاً غير معين
بالذات بل معيناً بنوعه (٣) ، وكان البيع بالتقدير (٤) ، لم تنتقل الملكية بمجرد
تمام عقد البيع على خلاف ما رأيناه في الشيء المعين بالذات ، وإنما تنتقل
بإفراز المبيع وجعله بالإفراز معيناً بالذات - ولو قبل التسليم . ذلك أن الشيء
إفرازه غير معروف بالذات ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى
المشتري قبل الإفراز (٥) .

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٥ مدني إذ تقول : ١ - إذ ورد
الالتزام بنقل حتم غيبى على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز
هذا الشيء . ٢ - فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل
على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذائه
في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال
في الحالين بحقه في التعويض (٦) . ثم أكدته المادة ٥٣٣ مدني إذ تقول :
« المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » .

(١) أنظر آتياً فقرة ١١٩ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ١٢٠ .

(٣) أنظر آتياً فقرة ١١٧ .

(٤) أنظر آتياً فقرة ١١٨ .

(٥) أنظر الوسيط - جزء ٢ فقرة ٤٢٠ .

(٦) أنظر في هذا الدعوى الوسيط جزء ١ فقرة ٤١٩ .

٢٤٦ - كيف تنتقل الملكية بالإفراز - املأه : وقد قلنا في هذا

الجزء من الوسيط (١) ، وفي الجزء الثاني منه (٢) ، كيف يكون الإفراز ، وكيف تنتقل الملكية به ولو قبل التسليم ، وإن كان المألوف في التعامل أن يتم الإفراز وقت التسليم ، واستعرضنا حالة ما إذا كان الشيء غير المعين إلا بنوعه نقوداً (٣) أو غير نقود (٤) . وبيننا أن البيع يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، حتى قبل التسليم وحتى قبل الإفراز (٥) . وذكرنا كذلك ألا فرق في تحمل نبعة الهلاك أن يهلك الشيء قبل الإفراز أو بعده (٦) . فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك .

٢٤٧ - الحكم فيما إذا امتنع البائع عن الإفراز - املأه :

وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه من إفراز المبيع ، جاز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، فيقوم بشرائه بنفسه ويرجع بالنقود والمصروفات على البائع ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر البائع في تنفيذ التزامه . والأصل أن يستأذن المشتري القاضي في ذلك ، فإذا كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء كان له دون استئذان ، ولكن بعد إعدار البائع ، أن يقوم بالشراء . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك في الجزء الثاني من الوسيط (٧) ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

٢٤٨ - نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري : تنص

المادة ٩٤ من التقنين التجاري على أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٢ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ١٢٢ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٧) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٣ .

أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها ، مالم يوجد شرط بخلاف ذلك . وانتقال الملكية هنا يكون بالإفراز طبقاً للقاعدة التي أسلفناها . ولكن الإفراز فيما نحن بصدده يتخذ صورة خاصة هي التسليم (١) ، فالتم يتفق المتبايعان على شيء آخر ، فإن المفروض أنهما اتفقا على أن يتم انتقال الملكية وقت التسليم . وقبل التسليم تبقى الملكية للبائع ، وهو الذى يتحمل تبعه الهلاك ، وبالتسليم تنتقل الملكية إلى المشتري وتنتقل معها تبعه الهلاك . ويزى من ذلك أن البائع لا يزال يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم وفقاً للقاعدة العامة ، ولكنه قبل التسليم يبقى أيضاً مالكا للمبيع إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم ، ومن ثم لم تتعارض القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على البائع قبل التسليم مع القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك ولو قبل التسليم لأن البائع هنا هو المالك .

وبنى بعد كل ذلك أن نعرف متى يتم تسليم البضائع ، لنعرف متى تنتقل الملكية إلى المشتري فنتنقل إليه تبعه الهلاك (٢) . ولا نخرج الحال عن أحد أمرين : (١) فاما أن يتم التسليم عند الشحن أى فى محطة التصدير ، فإذا تم الشحن انتقلت الملكية إلى المشتري ، وكانت تبعه هلاك البضائع فى الطريق عليه . (٢) وأما أن يتم التسليم عند التفريغ أى فى محطة التوريد ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري بالشحن بل تراخى إلى حين وصول البضائع ، وتكون تبعه هلاك البضائع فى الطريق على البائع الذى يبقى مالكا لها إلى حين وصولها إلى محطة التوريد .

يغلب أن يتفق المتعاقدان على أحد الأمرين . فاما أن يتفقا على أن يتم

(١) يتم الإفراز عند التسليم .

(٢) وكذلك إذا أفلس البائع والبضائع فى الطريق ، جاز للمشتري أخذها إذا كانت الملكية انتقلت إليه عند الشحن ، ولا يجوز له ذلك إذا كانت ملكية البضائع فى الطريق لا تزال للبائع (الأستاذان أحمد نجيب الخازن وحامد زكى فترة ١٤١٦ - ص ٢٤٠ - الأستاذ محمد على إمام بشرة ١١٥ ص ٢١٦ - ص ٢١٧) .

وقلت بمحكمة النقض بأن القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما إذا نسب إلى البائع تفريط فإنه يكون مسؤولاً عن نتيجة تفريطه (نقض مدنى ٢٧ يوانيه سنة ١٩٥٦ بحوزة أ. إمام النقض ٧ ر ١٠٧٧ ص ٧٦٧) .

التسليم عند الشحن (١) ، وهو ما يقع عادة في النقل البرى عند اشتراط التسليم في خطة الشحن (franco gare départ) وفي النقل البحرى عند اشتراط تسليم السفينة (vente fob, franco bord) . وفي هذه الحالة تنتقل ملكية البضائع وتبعة الهلاك إلى المشتري بمجرد الشحن كما قدمنا ، وتكون مصروفات النقل عليه ، ومن ثم يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التى يعينها له المشتري ، ويتكفل المشتري بدفع مصروفات النقل والتأمين الناوولون . وقد يوكل المشتري البائع في اختيار السفينة وفي التأمين عليها اقتصاداً لأجر الوسيط ، فيتضمن الثمن المصروفات والتأمين والناوولون : (coût - assurance - frêt : Caf - cost - insurance - freight: Cif.) (٢) ولا يعتبر تسليم البضائع

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ .

(٢) أنظر في القضاء المختلط في البيع (Cif) وفي أن مسؤولية خطر الطريق على المشتري لا على البائع : استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٢ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٠ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٩ - ٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٩ - ٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٩ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٤ - ٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ - ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٣ .

وقضت محكمة استئناف مصر بـ البيع Cif معناه وفاء البائع ثمن البضاعة وأجرة التأمين وناوولون الشحن وتحمل المشتري مسؤولية المجرز أو التثا الحاصل للبضاعة بعد الشحن (سندف مصر عدا يونيو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/١٢٩ ص ١٧٣) .

قد تم إلا إذا أرسل البائع للمشتري البيانات الدالة على ذلك (١) . وإما أن يتفق المتعاقدان على أن يتم التسليم عند التفريغ ، وفي هذه الحالة تبقى البضائع ملكا للبائع ، وعليه تبعة الهلاك أثناء الطريق ، وعليه مصروفات النقل ، ولا تنتقل تبعة إلى المشتري وتنتقل معها تبعة الهلاك إلا إذا وصلت البضائع سليمة إلى محطة التوريد .

فإذا لم يتفق المتعاقدان متى يتم التسليم ، وجب في المسائل المدنية تطبيق المادة ٣٦ مدني وتنص على أن التسليم يكون عند التفريغ في محطة التوريد ، إذ تقول : « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إلى ... ما لم يوجد اتفاق بقضى بغير ذلك » (٢) . أما في المسائل التجارية ، فيراعى من هذا النص عرف التجارة (٣) .

وهذا كله إذا كان المبيع بضائع ، أى منقولا عبر معين إلا بنوعه . أما إذا كان المبيع منقولا معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته من وقت العقد ، ولكن التسليم لا يتم إلا في مكان التفريغ ، فتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع إلا عن المالك (المشتري) ، لأننا نكون قد خرجنا عن نطاق التعامل التجاري إلى نطاق التعامل المدني (٤) .

= أنظر في البيع (Frob) أى بائع تسليم البضاعة استئناف مخطط ١٢ ماي سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٨٠ - ١٩ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٩ . (١) والبيانات هي في النقل البحري اسم السفينة والعلامات أو الأرقام التي تحملها البضائع . وفي النقل البري إذا كان التسليم في محطة الشحن ، قد يلتزم البائع بحمل العربات اللازمة لشحن البضاعة (franco sur wagon) .

أنظر في كل ذلك بيدا ١١ فقرة ١٦٥ .

(٢) وكان التفتين المدني السابق ينص في المادة ١٧٠/٢٣٢ على أن الرعاة يكره في موطن المتعهد أى أن التسليم يتم في محطة الشحن لا في محطة التفريغ (استئناف مخطط ١٩ ماي سنة ١٩٤٩ م ١١ ص ٢٤٤ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلاي وحامد زك فقرة ٢٤٦ ص ٢٤١) . فيسرى حكم التفتين السابق على كل المعتود التي تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٣) الأستاذان أنور سلطان فقرة ١٦١ ص ١٨١ هامش رقم ١ - الأستاذان محمد علي إمام

فقرة ١١٥ .

(٤) أنظر مايل فقرة ٣١١ .

المطلب الثالث

نقل الملكية في العقار

٢٤٩ - لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل : أما إذا كان المبيع عقارا ، فإن الملكية ، سواء في حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع . وقد أشارت إلى هذا الحكم صراحة المادة ٢٠٤ مدني عندما نصت ، كما رأينا ، على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدت المادة ٩٣٢ مدني هذا المعنى ، فقد رأينا نقول : « نقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٤٠٢ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » . ونجد بين النصوص التي تشير إليها المادة ٩٣٢ مدني النص الخاص بالعقار ، وهو نص المادة ٩٣٤ مدني ويجرى على الوجه الآتي : « ١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . ٢ - وبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

وإذا كان نظام الشهر العقاري لا تقتصر منطوقه على عقد البيع ، إذ هو يمتد إلى جميع العقود الناقلة للملكية ، بل وإلى العقود غير الناقلة للملكية ، بل وإلى الأحكام والسندات كما رأينا في النص ، فإن عقد البيع مع ذلك هو أهم العقود التي يجرى عليها التسجيل وأوسعها انتشارا ، فيحسن الإسناد بنظام الشهر العقاري في مناسبة الكلام في تسجيل عقد البيع ، وقد جرى الفقه المصري على هذه السنة .

فتستعرض أولا تطور نظام الشهر العقاري في مصر حتى قانون تسليم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك في كثير من الإيجاز وموضع التفصيل فيه

يكون عند انكلام في أسباب كسب الحقوق العينية ، ثم نعرض لتطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة .

§ ١ - تطور نظام الشهر العفارى في مصر

٢٥٠ - نظام الشهر بوجه عام : الحق العيني بطبيعته نافذ في حق

الكافة ، فكان الواجب شهره أى إيجاد طريقة تبسر لدى المصلحة من المتعاملين العلم بوجوده مادام هذا الحق نافذاً في حقه ، حتى يعتد به ويدخله في حسابه عند التعامل . فاذا اشترى عينا ، سهل عليه قبل أن يقدم على شرائها أن يعرف الحقوق العينية المتعلقة بهذه العين والتي هي نافذة في حقه ، فلو كانت العين مرهونة مثلاً استنزل مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن ، أو كانت مملوكة لشخص آخر غير الدائن لم يقدم على الشراء أصلاً .

وشهر الحقوق العينية يكون باثبات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها . ويكون إثبات هذه التصرفات إما بطريقة التسجيل (transcription) ، وهي إثبات حرفي للمحررات المشتملة على التصرفات حتى يتيسر لدى المصلحة معرفة جميع ما ورد في التصرف . وهذه الطريقة ضرورية في الحقوق العينية الكاملة . وإما بطريقة القيد (inscription) ، وتقتصر على إثبات البيانات الجوهرية الواردة في التصرف ، وهي البيانات التي يهم ذا المصلحة العلم بها . وهذه الطريقة كافية في الحقوق العينية التبعية أى التأمينات العينية ، وهي الرهن وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فيكتفى بإثبات مبلغ الدين والعقار المثقل بالتأمين واسم الدائن والمدين وما إلى ذلك من البيانات اجرهية .

ونخلص مما قدمناه أن نظام الشهر لا يتسع إلا للتصرفات القانونية الواقعة على عقار . لا يتسع نظام الشهر للوقائع المادية ، لأن هذه الوقائع لا تثبت عادة في محررات حتى يمكن شهرها ، هذا إلى أن أكثر الوقائع المادية لها علامات ظاهرة محسوسة تراها الناس فتعلم بها ، ومع ذلك فهناك واقعة مادية هي الموت وما يترتب من حق الإرث يمكن أن تخضع لنظام الشهر - وقد أخضعت نعلماً لهذا

النظام في قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ - لأهيتها ولسهولة إثباتها في محرر يكون صالحاً للشهر . ولا يتسع نظام الشهر للتصرفات الواقة على منقول ، فالمنقول ليس له حيز ثابت مستقر كالعقار ، فلا يمكن تركيز الشهر في مكان معين . ومع ذلك فمن المنقولات ما يجري فيه نظام الشهر لاستقرار مكانه أو لإمكان تركيز شهره في مكان معين ، وذلك كالتاجر والسفن . ونعوم الحيازة في المنقول مقام الشهر في حماية الغير حسن النية . على أن هناك حقوقاً شخصية تشبه الحقوق العينية من حيث صلاحيتها للشهر ، أهمها الحقوق الناشئة من عقد الإيجار الواقع على عقار ، ففقود الإيجار والمخالصات بالأجرة وحوالاتها إذا زادت على مدة معينة تكون هي أيضاً خاضعة لنظام الشهر .

وفي الحدود التي تكون الحقوق فيها صالحة لنظام الشهر يبدو هذا النظام ضرورياً للتعامل في العقارات وللاتيان اعتقاري . فمن يريد التعامل في عقار يعنيه بطبيعة الحال أن يعرف ما يثقل هذا العقار من الحقوق حتى يكون على بصيرة من أمره . فلا يقدم على التعامل إلا وهو عارف بحالته . ومن يقدم على إقراض الغير في مقابل رهن يأخذه على عقاره يعنيه أن يعرف إن كان هذا العقار مملوكاً فعلاً للمدين حتى يكون حق رهنه مأموناً ، ويعنيه أيضاً أن يعرف هل ثقل العقار قبل ذلك بغير حق عينية تسبق حقه حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المقيدين .

لذلك لم يخل بلد متحضر من نظام للشهر ، بل إن نظم الشهر قديمة إلى حد أن المؤرخين يرجعونها إلى عهد الحضارة المصرية القديمة . وهناك نوعان لنظام الشهر : نوع متأخر وهو نظام الشهر الشخصي ، ونوع متقدم وهو نظام الشهر العيني أو السجل العقاري (Livre Foncier) . ذلك أن نظام الشهر ، حتى يكون نظاماً صديقاً ، يجب أن يكون محكماً في ترتيبه وفي حجته . أما في ترتيبه ، فينبغي أن يكون من شأن الترتيب الذي يضعه لتسجيل التصرفات وقبدها أن يسد لذوى الشأن معرفة ما تهمهم معرفته من هذه التصرفات . وأما في حجته فينبغي أن يكون لشهر التصرفات حجية قاطعة بحيث لا يشهر تصرف إلا به . التحرر من صحته فإذا ما شهر كانت صحته مقطوعاً بها ، فيكون للشهر هذه الحجية المطلقة .

ونظام الشهر الشخصي معيب من هاتين الناحيتين . فهو معيب من ناحية

الترتيب ، إذ التسجيل فيه أو القيد يكون وفقاً لأسماء الأشخاص ، ومن هنا كان نظاماً شخصياً . فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذى تصرف فى العقار ، لا يفيد هذا حتماً كل ماوقع على عقار معين من تصرفات . فقد يتصرف شخص فى عقار غير مملوك له فيسجل التصرف باسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقى فى العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك ، ويكون التصرفان متفرقين فى موضعين متباعدين تحت اسمين مختلفين . ومن ثم كان من الممكن أن يتعامل الشخص مع المشتري من المالك ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من المالك مسجلاً تحت اسم المالك ، فيكون التعامل سليماً . كما أنه من الممكن أن يتعامل مع المشتري من غير المالك دون أن يعلم ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من غير المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير ، فكيون التعامل معيماً . ولهذا لا يحقق نظام الشهر الشخصى الغرض الذى وضع من أجله . ثم إن هذا النظام معيب من ناحية الحجية ، فإن التصرفات التى تشهر فى هذا النظام لا يتحرى عادة عن صحتها ، بل تشهر كما هى ، فإن كانت صحيحة بقيت صحيحة ، وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت على حالتها معيبة أو مزورة . فالشهر فى هذا النظام لا يبطل عقداً صحيحاً ، ولا يصحح عقداً باطلاً . بل هو طريق العلانية لمعرفة التصرف كما هو ، صحيحاً كان أو باطلاً ، سليماً كان أو معيماً . وهذا النظام الشخصى للشهر يسود العالم اللاتينى ، فهو النظام القائم فى فرنسا (١) وفى بلجيكا (٢) وفى إيطاليا (٣) وفى كثير من البلاد

(١) كان التقنين المدنى الفرنسى يقرر أن الملكية فى العقار تنتقل بالمقد ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، إلا إذا انتقلت بمقد تبرع كالمهبة فلا يحتاج به على الغير إلا بالتسجيل . ثم صدر تشريع ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ يوجب تسجيل عقود المعاوضة والتبرعات للإحتجاج بها على الغير . وفى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون (دالوز الدورى ١٩٣٥ - ٤ - ٤١٩) أضاف إلى التصرفات الواجبة التسجيل التصرفات والأحكام الكاشفة . وفى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ صدر مرسوم ، قسرى أحكامه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ (دالوز أنسيكلويدى ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها) ينظم الشهر فى الحقوق للمينية الأصلية والتبعية بصفة عامة ، وقد حل هذا التشريع محل تشريعى سنة ١٨٥٥ وسنة ١٩٣٥ .

(٢) قانون ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ .

(٣) للتقنين المدنى الإبطال م ٢٦٤٣ وما بعدها .

اللاتينية . وهو النظام الذى لا يزال قائماً فى مصر ، بعد أن تخفف من بعض هيوبه كما سنرى .

أما نظام الشهر العينى أو السجل العقارى (Livre Foncier, Grundbuch) فهو نظام محكم من الناحيتين ، ناحية الترتيب وناحية الحجية . فمن ناحية الترتيب لا تنشر التصرفات وفقاً لأسماء الأشخاص ، بل وفقاً للعقار ذاته ومن هنا كان نظاماً عينياً . فلكل عقار مكان خاص فى السجل العقارى، ويثبت فى هذا المكان كل مايقع على هذا العقار من التصرفات وما يثقله من الحقوق . فإذا أراد شخص أن يتعامل فى عقار ، أمكنه بالرجوع إلى السجل العقارى أن يعرف حالة العقار على خير مايمكن من الدقة . يعرف مالك العقار ، والتصرفات التى وقعت منه فى عقاره ، وما يثقل هذا العقار من الحقوق والتكاليف ، فيقدم على التعامل وهو مطمئن . ثم إن نظام الشهر العينى محكم من ناحية الحجية . فالتصرفات التى تنشر لا يتم شهرها إلا بعد التحرى عن صحتها تحرياً بالفا ، فيستقصى عن موقع العقار وحدوده ومساحته ، ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهلينهم ، ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك ، وهل هو صحيح فيشهر أو معيب فيمتنع شهره . ويشرف على هذا كله قاض (Grundbuchrichter) ، هو الذى يأمر بعد الفحص الدقيق بإجراء التسجيل . والنتيجة المترتبة على هذا التحرى أن التصرف الذى يشهر فى السجل العقارى تكون له حجية كاملة ، فينتقل الحق العينى إلى المتصرف له لا بناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق . فالشهر لا التصرف هو الذى ينتقل الحق ، ومهمة التسجيل فى نظام الشهر العينى هو نقل الحق العينى لا مجرد إعلان التصرف . وقد يكون التصرف معيباً فى الحالات القليلة التى لا يكشف فيها هذا العيب بعد التحرى الدقيق الذى أسلفنا ذكره ، ومع ذلك إذا شهر هذا التصرف المعيب انتقل الحق بالشهر لا بالتصرف كما قدما ، وصحح الشهر عيوب التصرف . وهذه هى أهم ميزة للسجل العقارى . ويواجه هذا النظام التصرفات المعيبة التى يصححها الشهر ، وما يستتبع ذلك من الإضرار بأصحاب الحقوق الثابتة ، عن طريق تعويض أصحاب هذه الحقوق ، ويقتضى هذا التعويض من رسوم الشهر ذاتها ، فكان فى هذه الرسوم جزءاً هو بمثابة تأمين للمتفعين بالسجل العقارى . والذى يمنع

من الأخذ بهذا النظام مع مزاياه الظاهرة من ما يقتضيه من جهود ونفقات بالغة في مسح جميع الأراضى قبل إدخاله ، وتحقيق صحة حقوق العينة المتعلقة بكل من منها . تمهيداً لإثبات كل ذلك في السجل العقارى . وتزويد الصعوبات إذا كثرت الملكيات الصغيرة ، واشتبهت الحقوق القائمة عليها ، كما هي الحال في مصر حيث شرع في إدخال هذا النظام منذ أكثر من ثلاثين عاماً ، وبذلت جهود كبيرة ونفقات جسيمة لاثزال متراصلة حتى اليوم ، ولما يتم إدخال النظام . وإنه سهل نسبياً إدخال نظام السجل العقارى في بلد بكر لم تتجزأ فيها الملكيات ولم تنتفت إلى حد أن تنتشر الملكيات الصغيرة وتكون هي الأصل غالب . وهذا هو السبب في أن النظام طبق أولاً في استراليا حيث الظروف مواتية له على النحو المتقدم ، وضعه روبرت تورنس (Robert Torrens) . فسنى التشريع الذى أدخل النظام بقشريع تورنس (acte Torrens) ثم أدخل الفرنسيون النظام في تونس في سنة ١٨٨٥ ، وفي كثير من مستعمراتهم . وأخذت به ألمانيا وسويسرا . وأخذت الدولة العثمانية أيضاً بهذا النظام ، وعرف باسم « الطابو » ، وبقي النظام في البلاد العربية التى كانت جزءاً من الدولة العثمانية ، فلا يزال نظام الطابو قائماً في العراق (١) وفي سورية وفي لبنان . وقد

(١) أنظر في نقل الملكية في العقار بالبيع في القانون العراق الأستاذ حسن عباس الصراف فقرة ٣١٩ - فقرة ٣٦٧ والأستاذ حسن عل الدين فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٥ . وينتقد الأستاذ الذنون ما جاء في المادة ٥٠٨ مدنى عراق من أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة ، فأصح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل .

وقد قام خلاف في الفقه العراقى في قيمة للمقد غير المسجل في دائرة الطابو . والنصوص القانونية الواجب النظر إليها في هذه المسألة هي : (١) م ٥٠٨ مدنى عراق : « بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذى نص عليه القانون » . (٢) م ١١٢٦ مدنى عراق : « ١ - تنتقل الملكية بالمقد في المنقول والعقار . ٢ - والمقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد إلا إذا ووجهت فيه الطريقة المقررة قانوناً » . (٣) م ١١٢٧ مدنى عراق : « التمهد منتقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتصويص إذا أغل أحد الطرفين بتمهده ، سواء اشترط التمسك به في التمهد أم لم يشترط » .

ويؤخذ . هذه النصوص : أولاً - أن بيع العقار في القانون العراقى عقد شكل لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . ومن ثم لا تنتقل الملكية إلى المشتري ، بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل في هذه الدائرة ومن وقت هذا التسجيل ثانياً - التمهد السابق =

عدلته تشريعات كثيرة بعد أن استقلت هذه البلاد ، وبخاصة في سورية ولبنان حيث أصدر الفرنسيون في عهد الانتداب تشريعاً عقارياً شاملاً لهذا النظام (١) .
والآن وقد ألمنا بنظام الشهر العقارى ، ننظر كيف تطور هذا النظام في مصر .

٢٥١ - مرسوم أربعة : قبل أن يصدر قانون تنظيم الشهر العقارى في سنة ١٩٤٦ ليحل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ ، كان نظام الشهر العقارى قائماً بموجب نصوص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقد عمل به ابتداء

== عل البيع - وهو التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدنى عراقى - عقد غير مسمى ، فهو ليس إذن بعقد بيع . ولكنه عقد ملزم ، إذا به أحل المدين التزم بالتعويض . وهذا التعويض ينشأ عن مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية لأن مصدره هو هذا التمهيد الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول . فإذا اتفق المتعاقدان في هذا التمهيد على مقدار التعويض - وهذا ما يسمى بالشروط الجزائى - جاز للقاضى الحكم بما اتفق عليه المتعاقدان ، كما يجوز له الحكم بتخفيض الشرط الجزائى إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً ، أو بعدم استحقاقه أصلاً إذا أثبت المدين أن عدائهم لم يلحقه أى ضرر ، وكل هذا تطبيقاً للقواعد المقررة في الشرط الجزائى (المسليم ١٧٠ مدنى) . وإذا لم يتفق المتعاقدان على شرط جزائى ، فإن هذا لا يمنع القاضى من تقدير التعويض من الضرر الذى أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه ، طبقاً للقواعد المقررة في هذا العدد (أنظر م ١٦٩ مدنى عراقى) ، ومصدر هذا التعويض الذى يقدره القاضى هو : كمصدر الشرط الجزائى . المسئولية العقدية دائماً وليس المسئولية التقصيرية . ويخلص من ذلك أن القول بأن مصدر المسئولية عن الإخلال بالتمهيد بنقل ملكية المثار المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدنى عراقى هو المسئولية التقصيرية ليس بالقول السليم ، إذ المصدر هو المسئولية العقدية (قارن الأستاذ الذنون فقرة ٤١٨) . وكذلك القول بأن هذا التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدنى العراق يتحول من عقد بيع باطل إلى عقد غير مسمى ليس سليماً ، ولست هنا في حاجة إلى التحول ، فإن العقد ينشأ منذ البداية عقداً غير مسمى صحيحاً ملزماً ، وليس عقد بيع باطل يتحول بعد ذلك إلى عقد غير مسمى (قارن الأستاذ الصراف فقرة ٣٢٩) .

وقد كان من الخير أن يجعل هذا التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١١٧ مدنى عراقى ملزماً بنقل الملكية عيناً ، فلا يقتصر على الإلزام بالتعويض . وهذا هو ما يقرره القانونان الألماني والسويسرى ، وكلاهما أخذ كالقانون العراقى بنظام السجل العقارى .

(١) أنظر في نقل ملكية المثار بالبيع في القانون المدنى السويسرى الأستاذ مصطفى الوردة فقرة ٨٨ ، وما بعدها . وفي القانون المدنى السورى عقد البيع غير المسجل : انظر التزاماً بنقل الملكية يجوز تنفيذه عيناً ولا يكتفى بالتعويض (الأستاذ مصطفى الوردة فقرة ٨٨ - فقرة ٨٩) .

من أول يناير سنة ١٩٢٤ . وكان نظام الشهر قبل قانون التسجيل قائماً بموجب نصوص التقنين المدني القديم . أما قبل هذا التقنين ، فلم يكن في مصر نظام للشهر .

فستعرض إذن عهداً أربعة : (١) العهد السابق على التقنين المدني القديم (٢) نظام الشهر في التقنين المدني القديم . (٣) نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . (٤) نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم في الوقت الحاضر .

المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدني القديم

٢٥٢ - لم يوجد نظام للشهر في ذلك العهد : قبل صدور التقنين المدني القديم - التقنين المدني المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ - لم يكن هناك في مصر نظام معروف لشهر الحقوق العينية . وقد كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية ، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاماً للشهر (١)

٢٥٣ - نظام المكلفات الإدارية : على أنه مما خفف من عيوب تنظيم شهر الحقوق العينية نظام إدارى وضع لجبي الضرائب العقارية عرف بنظام المكلفات . فقد كانت الأراضي في عهد محمد على تملكها الدولة ، ولم يكن للأفراد إلا حق الانتفاع بها انتفاعاً مؤقتاً في نظير جعل سنوى يقابل إرضية العقارية . وكان حق الانتفاع هذا ينتهى حتماً بالموت ، ولا يستطيع صاحبه أن ينزل عنه إلى آخر في حال حياته . ثم أبيح بعد ذلك للأفراد النزول عن حق الانتفاع ، وفي سنة ١٨٥٨ أصدر سعيد باشا لائحته المعروفة وجعل

(١) وقد قضت المحاكم المختلطة بأن الشريعة الإسلامية هي التي تسرى على عقود البيع فيما بين الأهل قبل صدور للتقنينات الحديثة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) ، وبأنه كان يمكن لانقضاء البيع توافر الإيجاب والقبول على المبيع والعين (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٤٠) .

للزراع الحق في التصرف في أراضيهم بالبيع والرهن وغير ذلك من التصرفات ، كما جعل الأرض تنتقل بالميراث إلى ورثة صاحب الحق فيها . ويتم نقل الحقوق على الأرض في حال الحياة بحجة رسمية يحررها القاضي الشرعي ، بحضور شهود ، وبعد ترخيص من المديرية . وكان القاضي الشرعي قبل أن يحرر الحجة بنقل الحق يتحقق من صحة الحجج السابقة التي صدرت للبائع ، ثم يحرر الحجة بعد ذلك في دفتر أعد لتفديد التصرفات . ثم يتلو بعد ذلك عملية تسجيل في سجل خاص بالمديرية ، والغرض من هذه العملية إثبات كل تغير في شخص الملتزم بالضريبة العقارية في المكلفات . فكان هذا النظام ، الذي وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية بواسطة المكلفات وإثبات الأشخاص المتعاقبين الذين يلتزمون بدفع هذه الضريبة ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية ، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنياً يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضي .

وبمخلص من ذلك أن التصرف كان شكلياً لا بد من تحريره في حجة رسمية بواسطة القاضي الشرعي . بل يبدو أن الحق كان لا ينتقل إلى المتصرف إليه إلا بعد تسجيله في سجل المديرية ، فلو مات المتصرف له قبل هذا التسجيل لا ينتقل حقه إلى ورثته ، أما إذا تم التسجيل قبل وفاته فان الحق ينتقل إلى الورثة (١) .

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٥ - ٢٩ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٦ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ١٣ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ - ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٧٣ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢ - ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ - وح ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه كان يكفي توافق الإيجاب والقبول لانعقاد البيع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وأن حجة البيع ليست إلا للإثبات (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه - ١٨ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٤٠٥ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ وقد سبقت الإشارة إليه) .

المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدني السابق

٢٥٤ - اقتباس نظام الشهر الفرنسي : وى عهد الإصلاح

القضائى ، عند صدور تقنينات المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية ، أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبس من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل فى فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، وهو نظام شهر شخصى فيه العيوب التى قدمناها .

ولا تزال نصوص هذا التقنين المدنى السابق معمولاً بها فى حالة المحررات التى لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ - وهذا هو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سيأتى الكلام فيه - فتسرى عليها أحكام القوانين التى كانت سارية عليها ، وهى بالذات نصوص التقنين المدنى السابق . وتنص المادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى المعمول به اليوم فى هذا المعنى على أنه لا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التى صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها ، (١) .

من أجل هذا يكون من المهم أن نورد أهم نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام شهر الحقوق العينية ، ثم نبين بعد ذلك ما شاب هذا النظام من العيوب .

٢٥٥ - نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام الشهر :

النصوص الرئيسية التى تضع نظام الشهر العقارى فى التقنين المدنى السابق هى :

أولاً - نص يقرر بصفة عامة أن الملكية والحقوق العينية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالعقد دون حاجة إلى تسجيل . وهذا هو نص المادة ٧٣٢/٦٠٦ ، ونجرب على الوجه الآتى : وفى جميع المواد ثبتت الملكية أو الحقوق العينية

(١) وانظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١٤ من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٢ .

في حق مالكها السابق بعقد انتقال الملكية أو الحق العيني أو بأي شيء يترتب عليه هذا الانتقال قانوناً .

ثانياً - نصوص أخرى كثيرة تقرر أن الملكية والحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل التصرفات القانونية التي هي مصدرها ، دون الوقائع المادية كالميراث . فتصر المادة ٦٠٩/٧٣٥ على ما يأتي : « وفي مواد العقار ثبتت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية » . وهذه القواعد منصوص عليها في المواد ٦١٠/٧٣٦ - ٦١٣/٧٤٠ ، ونحصر هذه النصوص على الوجه الآتي : م ٦١٠/٦٣٧ - ملكية العقار والحقوق المنفردة عنها إذا كانت آيلة بالإرث ثبتت في حق كل إنسان بثبوت الوراثة - م ٦١١/٧٣٧ - « الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتملة على ترك هذه الحقوق ثبتت في حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو في المحكمة الشرعية » . م ٦١٢/٧٣٨ - ٧٣٩ - « الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التي من هذا القبيل أو المؤسسة لها يلزم تسجيلها أيضاً ، وكذلك الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمزاد والعقود المشتملة على قسمة عين العقار » . م ٦١٣/٧٤٠ - « وكذلك يلزم تسجيل عقود الإيجار الذي تزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعجلة الزائدة عن ثلاث سنين لأجل أن تكون حجة على غير المتعاقدين » .

ثم تنص المادتان ٦١٥/٧٤٢ - ٦١٦/٧٤٣ على الجزاء المترتب على عدم التسجيل ، ونجربان على الوجه الآتي : م ٦١٥/٧٤٢ - « في حالة عدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق السالف ذكرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار وحفظوها بموافقتهم للقانون » . م ٦١٦/٧٤٣ - « ومع ذلك فلهؤلاء الأشخاص الحق فقط في أن يتحصلوا على تنزيل مدة الإيجار إلى تسع سنين إذا كانت مدته زائدة عليها ، وفي ارجاع ما دفع مقدماً زيادة عن أجر الثلاث سنين » .

وتأيد النصوص المقدمة الذكر بنصين آخرين ، أحدهما ورد في أسباب

الملكية والحقوق العينية ، هو نص المادة ٦٩/٤٧ ونجى على الوجه الآتى :
« أما الأموال الثابتة فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين
إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » . والنص الثانى ورد فى
نصوص البيع . وهو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ ونجى على الوجه الآتى : « لا تنتقل
ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع
كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً
وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » .

ثالثاً - بصوص ترد استثناء من القاعدة المتقدمة التى تنص بأن الحقوق
العينية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، وهى المواد ٧٤٤/٦١٧ -
٧٤٦/٦١٩ ، ونجى على الوجه الآتى .

م ٧٤٤/٦١٧ : « ويستثنى من الأصول السالف ذكرها الموهوب له
والموصى له بشئ معين ، فانهما لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من
ز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بعقد
تاريخ صحيح سابق على تسجيلها » .

م ٧٤٥/٦١٨ : « وإنما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من
الموهوب له أو الموصى له إذا سجل عقده أو حقه بالأولوية » .

م ٧٤٦/٦١٩ : « فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين
يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » .

رابعاً - بصوص تقرر نظام القيد فى الحقوق العينية التبعية الواقعة على عقار
يجوز الاحتجاج بها على الغير ، وذلك فيما عدا الرهن الحيازى العقارى فقد
رأينا أنه كان خاضعاً لنظام التسجيل لا لنظام القيد ونكتفى بالإشارة إلى هذه
النصوص المتفرقة ، فهى فى الرهن الرسمى المواد ٦٨٩/٥٦٥ - ٦٩٠/٥٦٦ ،
وفى حق الاختصاص المواد ٧٢٢/٥٩٦ - ٧٢٦/٦٠٠ ، وفى حقوق الامتياز
العقارية المادة ٧٤١/٦١٤ . وكان يكتفى فى حفظ حق امتياز بائع العقار
بتسجيل عقد البيع ذاته دون حاجة لقيد حق الامتياز (م ٦٠١ سابعاً
٧٢٧/سادساً) .

خامساً - فصوص تنظم عملة التسجيل ودفاره ، ونكتني بالإشارة إليها وهي
المواد ٧٥٠/٦٢٢ - ٧٧٤/٦٤١ .

٢٥٦ - ما يستخلص من الفصوص المقدمة : ويستخلص من
النصوص المقدمة الذكر أن نظام الشهر في التقنين المدني السابق كان يخضع
الحقوق العينية الأصلية لنظام التسجيل ، ويخضع الحقوق العينية التبعية لنظام
القيد ، باستثناء الرهن الحيازي العقاري وحق امتياز بائع العقار ، فإن الحق
الأول كان يخضع لنظام التسجيل والحق الثاني كان يجوز حفضه بتسجيل عقد
البيع . وغنى عن البيان أن القيد في الحقوق العينية التبعية كان ضرورياً لإمكان
الاحتجاج بالحق على الغير . وفي التسجيل كان نظام الشهر يقرر تمييزاً جوهرياً :
فالحقوق العينية الأصلية كانت تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى التسجيل ،
أما بالنسبة إلى الغير فكانت لا تنتقل إلا بالتسجيل .

٢٥٧ - عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق : قلنا أن
عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق هي عيوب نظام الشهر الشخصي
من ناحية الترتيب ومن ناحية الحجية . وزيد هنا ناحية ثالثة هي ناحية الحصر ،
فليست كل التصرفات التي يبنى شهرها واجبة الشهر في هذا النظام .

ونجمل الكلام في هذه العيوب فيما يأتي :

أولاً - من ناحية الترتيب - تعدد جهات الشهر : الشهر في هذا
النظام يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، ويزيد هذا العيب جساماً أن الشهر ليس
مركزاً في جهة واحدة بل هو موزع على جهات ثلاث .

فأما أن الشهر يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، فهذا هو المقوم الرئيسي لنظام
الشهر الشخصي ، وهو العيب البارز فيه . وقد قدمنا أن صاحب المصلحة
لا يستطيع أن يعرف في هذا النظام كل ما وقع على عقار معين بالذات من
تصرفات وهذا هو الذي يعنيه ، بل إن ما يعرفه هو كل ما صدر من شخص

معتبر من التصرفات وهذا قد يفي بحاجته وقد لا يفي (١) .

وأما أن الشهر ليس مركزاً في جهة واحدة ، فذلك راجع إلى النظام القضائي الذي كان قائماً في ذلك العهد . فقد كانت جهات الشهر في ذلك الوقت ثلاثة : المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . وكان الشهر يصح قانوناً في أية جهة من هذه الجهات الثلاث ، ولكن لا يكون نافذاً في حق الأجانب إلا إذا تم في المحاكم المختلطة (٢) . ولذلك كان الشهر أكثر ما يتم في قلم كتاب هذه المحاكم ، إذ يكون نافذاً في حق المصريين والأجانب جميعاً . ولكن بقيت المحاكم الشرعية جهة الشهر الطبيعية في التصرفات غير المعروفة في المحاكم المختلطة وهي الوقف . واستمرت أقلام الكتاب بالمحاكم الوطنية تقيد حقوق الاختصاص من تلقاء نفسها إذ القانون يوجب ذلك ، وكذلك أحكام الشفعة ونزع الملكية .

(١) وتزيد المعربة باختلاف أبجدية اللغة العربية عن أبجدية اللغة الأجنبية ، وبتعدد اللغات الأجنبية التي تكتب بها الأسماء . فقد يبحث ذو المصلحة عن اسم ويحبه مكتوباً بحسب التهجئة الفرنسية فلا يجد ، فيوقن أن الشخص الذي يحمل هذا الاسم لم تصدر عنه تصرفات . وللواقع أن هذا الشخص صدرت عنه تصرفات لم تظهر بالبحث ، لأن اسمه يكون مكتوباً بحسب التهجئة الإيطالية وهذه تختلف عن التهجئة للفرنسية . والأمثلة على ذلك كثيرة . وقد أورد الدكتور محمد شوقي كتابه « الشهر العقاري علماً وعملاً » (ص ٥٢) مثلاً فيما كتبه بمصدق قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ويصدق على ما قبله ، حيث يقول : « فتمت صحويات ومساوي كثيرة نشأت من اختلاف الأبجدية العربية عن أبجدية اللغات الأجنبية . بل إن هذه اللغات ذاتها تختلف من حيث نطق حروفها المجانية بعضها عن البعض ، كالحرف U الذي يلفظ بالإيطالية OU . فإذا فرضنا أن طالبا تقدم للبحث عن تصرفات باسم مراد Mourad أو جندی Guindi ، وأن الكاتب المكلف وهو إيطالي مثلاً كتب الكلمة من العربية للإيطالية Murad, Ghindi ، فالشهادة التي تعارض على أساس ذلك البحث لن تكون عن الاسم الصحيح ، وبالتالي قد تكون سلبية ، في حين أنها لو علمت عن الاسم الصحيح لكانت إيجابية » .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ - وانظر في تبادل الانحاطة بالتصرفات بين الجهات الثلاث الدكتور محمد شوقي « الشهر العقاري علماً وعملاً » ص ١٠٠ و ص ١٧ - وتقضى المادة ٣٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩١٠ بتكليف هذه المحاكم بأن توافي المحاكم المختلطة بملخصات العقود الناقلة للملكية ، وذلك بواسطة المحاكم الشرعية المكلفة بهذه المهمة . وهذا الإجراء هو في الواقع نتيجة لإلغاء وظيفة الموظف المختلط الذي كان ينتدب بأقلام المحاكم الشرعية . وتقضى المادة ٣٧٣ من اللائحة ذاتها بتكليف المكاتب المختلطة بدورها بأن توافي المحاكم الشرعية بملخصات دائلة عن كل ما تنسله من المحررات المشار إليها لكي تسجل لديها في سجلات خاصة معدة لذلك .

فكان ذو المصلحة إذا احتاط لأمره يبحث في كل من المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . ليستثنى من أنه استغنى جميع ما شهر من التصرفات التي نفيه .

ثانيا - من ناحية الحجية : ولم يكن لنظام الشهر في التفتين المدني السابق حجية كاملة كالحجية التي تفترون بنظام الشهر العيني أو السجل العقاري . فان الشهر بموجب نظام التفتين السابق ليس إلا تسجيل التصرف أو قيده كما هو على علته وبجميع ما ينطوي عليه من عيوب . فاذا كان التصرف صحيحاً قبل الشهر ظل صحيحاً بعده ، وإذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو مشوباً بأى عيب آخر ظل بعد الشهر مشوباً بهذا العيب . فالشهر لا يصحح عقداً باطلاً ولا يبطل عقداً صحيحاً ، كما قدمت . فاذا صدر بيع مثلاً من غير مالك ، وسجل عقد البيع ، ظل هذا البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل عقداً قابلاً للإبطال ، وهو على كل حال لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو بعد أن يسجل . أما في نظام الشهر العيني فان هذا البيع متى سجل ينقل الملكية إلى المشتري بحكم التسجيل ذاته لا بحكم البيع ، وبأخذ المالك الحقيقي الذي سلب ملكه على هذا الوجه تعويضاً عما أصابه من الضرر من خزانة الجهة القائمة على الشهر .

وزاد من جسامه هذا العيب أن المحررات التي كانت تقدم للشهر كانت تقبل كما هي ، دون فحص أو تحرر للاستيثاق من صحتها . وكان الناس يلجأون في تحرير تصرفاتهم إلى الكتابة العرفية لتجنب نفقات التوثيق ، وكثيراً ما كانت تأتي هذه التصرفات غير محكمة التحرير ، سواء في تعيين شخصية المتعاقدين أو في وصف العقار وتحديد . بل إنه لم يكن هناك ضمان أن التوقيع على هذه المحررات ليس مزوراً ، إذ لم يكن يطلب التصديق على إمضاء المتعاقدين ، فكثير من أجل ذلك شهر التصرفات المزورة .

ثالثاً - من ناحية المحصر : ولم تكن كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر طبقاً لنظام التفتين المدني السابق ، فلم يحصر هذا النظام التصرفات

حصرأ دقيفاً حتى يشملها جميعاً . وقد شاع القصور في شهر التصرفات ، ورجع ذلك إلى أسباب أربعة :

١- لم يكن التسجيل ضرورياً لنقل الحقوق العينية فيما بين المتعاقدين ، بل كان العقد وحده كافياً لذلك ، وهذا مبدأ جوهري من مبادئ نظام الشهر في التقنين المدني السابق أخذه عن نظام الشهر الفرنسي كما قدمنا . وترتب على ذلك من الناحية العملية أن كثيراً من المتعاملين كانوا لا يلجأون إلى شهر تصرفاتهم ، ويقنعون بأن الحق قد انتقل إليهم بموجب التصرف غير المسجل فيما بينهم وبين المتعاملين معهم . وهذا الاطمئنان الذي لا مبرر له كانت العادة تثبته ، وتشجع عليه الرغبة في تجنب إجراءات الشهر ونفقاته . فكان من ذلك أن يبقى التصرف دون أن يتناولوه الشهر ، فلا يكون حجة على الغير ، وكثيراً ما كان يلجأ المتصرف الأول إلى التصرف مرة أخرى في العقار غشا منه . فكان كثير من المتعاملين يضارون أبلغ الضرر من جراء ذلك ، كما كان كثير من التصرفات الواجبة الشهر لا تشهر فعلاً مما زعزع أسس نظام الشهر ذاتها .

٢ - وبفرض أن التسجيل تناول كل التصرفات الواجب شهرها ، فإن الممانون نفسه كان يخرج بعض الوقائع الهامة من متطقة الشهر . فهو لا يدخل في هذه المنطقة إلا التصرفات فيما بين الأحياء . ويترتب على ذلك أنه لم يكن خاضعاً للشهر سبب هام من أسباب نقل الملكية ، وهو الميراث ، لأنه ينقل الملكية بالموت ، بل إنه ليس بتصرف قانوني . وقد نصت المادة ٧٣٦/٦١٠ من التقنين المدني السابق على هذا الحكم صراحة كما رأينا ، إذ تقول : « ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت في حق كل إنسان بشبوت الوراثة » . فلا يخضع الميراث لنظام الشهر ، مع أنه سبب من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الحقوق . وكذلك الوصية لم تكن تخضع لنظام الشهر ، لأنها لا تدخل في نطاق التصرفات فيما بين الأحياء إذ هي تصرف لما بعد الموت . وقد نجم عن ذلك أن ثغرة واسعة قد انفرجت في بناء الشهر ، وأصبح من الصعب متابعة تسلسل انتقال الملكية في العقار ، وقامت مشاكل معقدة من جراء ذلك .

٣- وفوق ذلك قد ترك نظام الشهر ثغرة أخرى في التصرفات ما بين الأحياء ذاتها . فالمشروع قد ذكر في المادة ٧٣٧/٦١١ الحقوق الخاضعة لنظام الشهر وهي : الحقوق بين الأحياء الآيلة من عند انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتتة على ترك هذه الحقوق . فلم يذكر التصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية ، فهذه تصرفات هامة لم تكن خاضعة لنظام الشهر كما وضعه التقنين المدنى السابق (١).

٤- وأخيراً لم يكن نظام الشهر في التقنين المدنى السابق دقيقاً في فصل الحقوق العينية الأصلية التي تخضع لنظام التسجيل والحقوق العينية التبعية التي تخضع لنظام القيد . فقد أدخل بعض حالات الحقوق العينية التبعية في نظام التسجيل مع أن نظام القيد هو النظام الصالح لها (٢).

فعل ذلك في حالتين : (الحالة الأولى) هى الرهن الحيازى العقارى ، فقد أخضعه كما رأينا لنظام التسجيل دون نظام القيد في غير مبرر (٣). (والحالة الثانية) هى حالة امتياز بائع العقار ، فقد جاء في المادة ٦٠١ مابعداً ٧٢٧ مادمساً كما رأينا ما يأتى : « فإذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح » . وهذا النص يحفظ حق امتياز البائع

(١) وأغفل التقنين المدنى السابق أيضاً النص على تسجيل الوقف . وقد ذهبت أحكام كثيرة (استئناف وطنى ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ المحاماة ١ رقم ١ ص ٩ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ - ١٨ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٨) أن أن القنون لا يستلزم تسجيل إثماد الوقف ليكون حجة على الغير . ولم تعدل المحاكم عن قضائها هذا إلا بعد صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٠ ، الذى أوجب تسجيل إثماد الوقف فى سجلات المحاكم الشرعية . وقد عدل هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بترتيب لائحة المحاكم الشرعية .

(٢) فالقيد يجب تجديده كل عشر سنوات ، فبقي التجديد ذا المصلحة عن البحث لمدة أكثر من عشر سنوات .

(٣) وإذا كان الرهن الرسمى وهو يخضع لنظام القيد يجب أن يكتب فى ورقة رسمية ، فليس ذلك مبرراً لأن يكون الرهن الحيازى وهو يكتب فى ورقة عرفية خاضعاً لنظام التسجيل ، إذ من السهل الحصول على البيانات اللازمة لقيد حق من الأوراق العرفية .

على العقار ، حتى لو اكتفى البائع بتسجيل البيع وذكر فيه أن الثمن أو جزءاً منه لا يزال مستحقاً في ذمة المشتري ، دون حاجة إلى قيد حق الامتياز ذاته . وكان المتعاملون فيه يكتفون فعلاً بذلك ، إذ كانت عقود البيع تسجل ، وفي تسجيلها شهر للعقد ذاته وفي الوقت نفسه حفظ لحق الامتياز .

المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣

٢٥٨ - محاولات الإصلاح السابقة على صدور قانونه التسجيل

هذه العيوب التي بسطناها فيما تقدم جعلت نظام الشهر كما كان قائماً في التقنين المدني السابق نظاماً غير صالح ، واحتتمت الكلمة على ضرورة إدخال نظام الشهر العيني أو السجل العقاري في مصر ، سدا لهذه الثغرات وتلافياً لهذه العيوب .

وقد بدأت حركة الإصلاح هذه بمشروعين قدمتهما الحكومة في سنة ١٩٠٢ إلى اللجنة التشريعية الدولية . وأول هذين المشروعين كان الغرض منه توحيد جهات الشهر وتركيزها جميعاً في جهة واحدة . وكان الغرض من المشروع الثاني إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد فرغت اللجنة التشريعية الدولية من دراسة المشروعين ، وأقرتهما معاً في سنة ١٩٠٤ . ولكن هذه المحاولة لم يعقبها تنفيذ ، بل بقيت الأمور كما كانت من قبل ، وبقي المشروعان اللذان أقرتهما اللجنة التشريعية الدولية على حالتهما إلى سنة ١٩٢٠ ، إذ شكلت لجنة لبحث مشروع إدخال السجل العقاري في مصر ، فأعادت هذه اللجنة بحث المشروعين السابقين المذكورين وانتهت إلى إقرارهما مرة أخرى . وقد وافق مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ على تقرير هذه اللجنة الذي يقر المشروعين السابقين ، وشكل لجنة جابدة مهمتها دراسة الوسائل العملية وتعيين الطرق المناسبة للوصول إلى تحقيق الإصلاح المرجو . وقد رأت هذه اللجنة ، بعد دراسة عملية ، إرجاء إدخال نظام السجل العقاري حتى يتم التمهيد له باصلاحات ضرورية تجعل تنفيذه أمراً ميسوراً . واقترحت تحقيقاً لهذا الغرض مشروع قانون يدخل إصلاحات جوهرية في نظام الشهر ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العقاري . وعرض

مشروع القانون على الجمعية التشريعية المختلطة ليكون نافذاً على الأجانب ، فوافقت عليه في ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ (١).

فصدر بناء على كل ذلك قانون التسجيل في ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٣ ، وهو قانونان يشتملان على نصوص واحدة ، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ويسرى على المحاكم الوطنية ، والآخر قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ويسرى على المحاكم المختلطة . وقد جعل مبدأ سريان قانون التسجيل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فتخضع في شهرها لنصوص التقنين المدني السابق كما قدمنا .

ولا تزال نصوص قانون التسجيل معمولاً بها في شأن جميع المحررات التي تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ نفاذ قانون تنظيم الشهر العقاري الذي نلى قانون التسجيل ، فإن المادة ٥٦ من القانون الأخير - تنص على أن جميع المحررات التي تم شهرها في جهة من الجهات المختصة وفقاً للقواعد السارية قبل العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام . من أجل ذلك يكون متعيناً هنا أيضاً أن نورد أهم النصوص التي اشتمل عليها

(١) نصح المستشار القضاة منذ سنة ١٨٩٠ بإصلاح نظام الشهر ، فتم في سنة ١٩٠٢ إعداد مشروعين ، يرى أولهما إلى توحيد أقلام التسجيل ، ويهدف ثانيهما إلى إحلال نظام السجل العقاري محل نظام الشهر الشخصي وهما المشروعان المشار إليهما في المتن . وقد مرض هذا المشروعان في سنة ١٩٠٤ حل لجنة دولية فنية لبحثهما ، فأقرتهما في سنة ١٩٠٨ ، ولكن الدول صاحبات الامتياز لم توافق عليهما . وفي سنة ١٩١٧ عهدت لجنة الامتيازات إلى لجنة فرعية ، عرفت باسم لجنة دوسن نسبة إلى رئيسها مستر دوسن الذي كان مديراً لمصلحة المساحة ، ببحث موضوع إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد استمرت اللجنة الفرعية في عملها بعد انقطاع لجنة الامتيازات ، وقد أعاد مجلس الوزراء في أول مايو سنة ١٩٢٠ تشكيلها كجنة مستقلة ، وانتهت اللجنة من عملها في أواخر تلك السنة . وألف مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٣ لجنة خاصة للبحث عن أفضل الطرق لتنفيذ اقتراحات لجنة دوسن على المصريين والأجانب جميعاً ، ولوضع مشروع قانون يتضمن اقتراحات اللجنتين معاً ، وهي اللجنة المشار إليها في المتن ، فوضعت المشروع الذي صدر به قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ (أنظر الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات العقارية فقرة ٣٧ وما بعدها - الأستاذ أنور سلطان ص ١٨٨ هامش رقم ١ - مقالاً للأستاذ محمد علي هرق في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الثالث) .

قانون التسجيل، ونبين بعد ذلك ماعالجه هذا القانون من عيوب في نظام التقنين المدنى السابق ومابقى قائماً من هذه العيوب .

٢٥٩ - أهم مصوص قاصر التسجيل : يتناول قانون التسجيل

المحررات التى يجب شهرها ، ثم ينص على مايجب القيام به لتحرى الدقة فى هذه المحررات .

أولاً - المحررات التى يجب شهرها : أما المحررات التى يجب شهرها

فبعضها يخضع لنظام القيد ، وهى المحررات المتعلقة بالرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، وهذه تركها لنصوص التقنين المدنى السابق وقد تقدم ذكرها . أما ما يخضع منها لنظام التسجيل فقد تناولها على الوجه الآتى :

١ - تناولت المادتان الأولى والثانية العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية أو الناقلة أو المغيرة أو المزيلة لها والأحكام المثلة لهذه العقود ، وكذلك العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية وعقود الإيجار والمخالصات بالأجرة . ورتبت على عدم التسجيل فى الطائفة الأولى عدم إنتاج الأثر بالنسبة للمتعاقدین ، وفى الطائفة الأخرى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير فقط .

فقد تناولت المادة الأولى على أن جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو غير عوض ، والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيى عتارى آخر أو بفسه أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شىء من ذلك ، يجب إشهارها بواسطة تسجيلها فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو فى المحكمة الشرعية ، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن فى مواد الامتياز والرهن العقارى والاختصاصات العقارية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين . وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص

الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين .

ونصت المادة الثانية على أنه « يجب أيضاً تسجيل ما بآتي : أولاً - العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق عينية العقارية الأخرى المشار إليها في المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية . ثانياً - الإجراءات التي تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالفات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً (١) . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير (٢) ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخها استدليس غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة ، لا يكون للغير سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت مدتها عن ذلك ، وعدا عدم اعتماده مادفع مقدماً رائداً عن أجرة ثلاث سنين .

٢ - وتناولت المواد ٧ و ١٠ و ١٢ دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع المقدمة ضد العقود واجبة التسجيل ، وهي العقود التي تقدم ذكرها في المادتين الأولى والثانية ، لأنها دعاوى من شأنها أن تزيل أثر هذه العقود ، فوجب شهرها إما بالتأشير على هامش تسجيل العقد إذا كان العقد قد سجل ، وإما بتسجيل صحيفة الدعوى إذا كان العقد لم يسجل . وكذلك تناولت هذه المواد دعوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية ، لأنها دعوى قد تكون نتيجتها الكشف عن أن صاحب الحق العيني هو غير الشخص المعروف للناس ، فوجب شهرها هي أيضاً إما بالتأشير على هامش تسجيل المحرر الذي يثبت الحق للمدعى عليه

(١) وأغلقت النص المحاولة بالأجرة مقدماً كـ أغفلها التقنين المدق السابق (م ٦١٣/٧٤٠) . وتدارك الأمر قانون تنظيم الشهر العقاري ، فذكرها في المادة ١١ منه .

(٢) وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل علة التفرقة بقولها : « هناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأن لم تكن بمجرد عدم تسجيلها ، فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التي من هذا القبيل يجوز اشتراط تسجيلها حتى يعلم بها الغير مع النص على أنها لا تكون حجة على الغير إذا لم تسجل . إلا أنه لا يمكن تجريد هذه الأحكام وهذه العقود من قيمتها الجوهرية وهي الإقرار بحق سابق الوجود ، وهذا الاختلاف في النوع الذي ينجم عنه الاختلاف في الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذلك النوع من العقود والأحكام يعبر وضع مادتين مختلفتين .

إذا كان هذا المحرر موجوداً وسبق تسجيله ، وإما بتسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق إذا كان المحرر غير موجود كما في الحيازة أو كان موجوداً ولم يسبق تسجيله (١) . ونصت هذه المواد أيضاً على وجوب التأشير بمنطوق الحكم الذي يصدر في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع والاستحقاق ، إما في ذيل التأشير بالدعوى إذا كانت صحيفة الدعوى قد أشر بها على هامش تسجيل المحرر ، وإما في هامش تسجيلها إذا كانت صحيفة الدعوى قد سجلت على النحو الذي قدمناه . ونصت أخيراً على أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها في الدعاوى المتقدمة الذكر والتأشير بالحكم الصادر في هذه الدعاوى ، فجعلت الحق العيني حجة على الغير من تاريخ تسجيل الدعوى والتأشير بها لا من تاريخ التأشير بالحكم محسب .

ونورد هذه النصوص : نصت المادة ٧ من قانون التسجيل على أنه « يجب

(١) وقد أدخلت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد ضمن دعاوى الاستحقاق ، باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المال ، وقالت في أسباب حكمها : « بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدّها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصل لم يسجل سجل تلك الدعاوى ، وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها بالتأشير بها كما ذكر . ويستفاد من الشرط الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد سجل ، وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث أو عقد غير سجل أو عقد شفوي ، إذ عموم النص يعم ذلك . لهذا يجب لجمل عموم النص مفيداً أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة في المادة انسابة بالدعاوى التي يكون غرض رافعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالاً أو مآلاً ، كدعاوى صحة التعاقد العرفي ودعاوى إثبات البيع الشفوي ، لأنها تؤدّل بعد تسجيل الأحكام صادرة فيها إلى استحقاق رافعها للملكية العقار موضوع الدعوى . ولا غرابة أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلاً ، فقد جرى على ذلك في المادة الأولى من قانون التسجيل إذ عبر عن العقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها إنشاء حق ملكية العقار أو حق عيني مع أنها لا تنشئ ذلك الحق إلا بعد تسجيلها ، فعبارة « من شأنها إنشاء حق الملكية » وضعت للتمشيط مآلاً » (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢٢ - ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٨ ص ٥٢٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٤٩ ص ٩٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٨ ص ١٠٤ . ونسرد إلى هذه المسألة : أنظر ما يلى فقرة ٢٧٣ .

التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى . وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكره . ونصت المادة ١٠ من قانون التسجيل على أن « يؤشر بمنطوق الحكم الصادر فى الدعاوى الميئنة بالمادة السابعة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٢ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشربه طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو تأشير بها . وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابه (١) » .

٣ - ولم يقتصر قانون التسجيل على تنظيم شهر الحقوق العينية ومعها عقود الإيجار والمخالفات ، بل نظم أيضاً شهر الحقوق الشخصية إذا كانت مضمونة بتأمينات عينية عقارية كرهن أو امتياز ، لأن انتقال الحق الشخصى فى هذه الحالة من دائن إلى دائن يقتضى انتقال التأمين العينى معه ، فيجب - شهر انتقال التأمين العينى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير . ويتم الشهر عن طريق التأشير بهامش القيد الأصلى للتأمين .

(١) وبالرجوع إلى النصوص والمبادئ السارية وقت اكتساب هذه الحقوق ، وهى مبادئ التقنين المدنى السابق ، يتبين أن القاعدة من أن البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع لها عادة أثر رجعى ، فتزول حقوق الغير بحكم هذا الأثر ، وذلك إلا فى حالات استثنائية إذا كان الغير دانئاً مرتهناً وهذا رسمياً وكان حسن النية فإن حقه لا يتأثر بما يصيب ملكية الراهن من زوال بسبب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . وسرى أن المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى وسمت هذه الحماية لغير حسن النية ، فلم تقصرها على الدائن المرتهن حسن النية ، بل شملت كل من تلقى حفاً مبنياً على المقار بحسن نية وقام بشهره قبل تسجيل دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو التأشير بها (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدوي ص ٣٠٣ - ص ٣٠٤) . وقد وسعت محكمة الاستئناف المختصة فى أحد أحكامها هذه الحماية قبل العمل بقانون تنظيم الشهر العقارى ، فقضت بأن دعوى الفسخ التى سجلت صحيفتها بعد تسجيل عقد بيع صادر من المشتري إلى مشتر ثان لا يسرى حكم الفسخ الصادر فيها فى حق المشتري الثانى (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٤م ٥٦ ص ٤٨) .

وهذا ما تكفلت به المادة ١٣ من قانون التسجيل ، فنصت على أنه
ولا يصح التمسك في وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز
عقارى ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذه
الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن رتب الرهن
العقارى ، إلا إذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الأسمى . ويتم التأشير
بناء على طلب المحول إليه أو الدائن المرتهن أو الذى حل محل الدائن السابق ،
وبشمل التأشير : أولاً - على تاريخ السند وصفته . ثانياً - على أسماء الطرفين
وألقابهم وصناعتهم ومحل إقامتهم . ثالثاً - على بيان التسجيل الأسمى مع نمرة
المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل .

ثانياً - ما يجب القيام به لتمرير الرقعة فى المحررات واجبة الشهر :
وقد توخى قانون التسجيل تمرير الدقة فى المحررات واجبة الشهر ، حتى تكون
خالية من العيوب بقدر الإمكان قبل تسجيلها .

فنصت المادة ٣ من قانون التسجيل على أنه : يجب أن تشمل المحررات
المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة
أو المفيدة فى الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات ، وعلى
الأخص : (أ) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وكذلك محل
إقامة الطرفين . (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمر القطع إذا كانت
واردة فى قوائم فك الزمام ، وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع .
وعب فى عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك
تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلاً .

ونصت المادة ٤ من قانون التسجيل على أن : المحررات العرفية التى
لا تشمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها إلا بعد الحصول
على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقفية . وعلى كل حال تأخذ هذه
محررات فى دفتر العرائض نمراً مسلسلة تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر
القاضى ، ويجب تقديم الطلب إليه فى مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً (١) .

(١) أى من تاريخ أخذ المحرر النمرة المسلسلة .

ونصت المادة ٥ من قانون التسجيل على أنه : تسهلاً لمرعاة ماورد في المادة الثالثة تقدم الحكومة لأرباب الشأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التي يقضى القانون بتسجيلها .

ونصت المادة ٦ من قانون التسجيل على أنه : يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها في المادة السابعة عشرة .

فيتلخص إذن مايجب القيام به لتحرى الدقة في المحررات واجبة الشهر في الأمور الآتية : (١) الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين . (٢) الدقة في تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البئع له . (٣) التصديق على إمضاءات وأختام المتعاقدين .

٢٦٠ - معالجه قانونه التسجيل من وجوه النقص في نظام الشهر

السابع عليه : وزى مما تقدم أن قانون التسجيل خالج بعض وجوه النقص التي كانت بارزة في نظام الشهر الذى وضعه التقنين السابق . وأهم وجوه النقص التي عالجها هى :

أولاً - جعل التسجيل لازماً في نقل الحقوق العينية ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين . فدفع للناس بذلك إلى أن يحرصوا على تسجيل العقود أكثر مما كانوا يفعلون في عهد التقنين المدنى السابق، حيث كان الحق العيى ينتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين مما كان يغرى بالاكتهاء بهذا الأمر . على أن ظاهرة الإهمال في تسجيل العقود لم تختف بالرغم من ذلك في عهد قانون التسجيل . وقد جعل هذا القانون تسجيل العقد بعوض ضرورياً حتى في مواجهة الموهوب له الذى سجل عقده قبل تسجيل المعاوضة ، وقد رأينا أن التقنين المدنى السابق يقدم المشتري الذى لم يسجل عقده على الموهوب له الذى سجل الهبة .

ثانياً - تناول قانون التسجيل في وضوح العقود والأحكام الكاشفة عن

الحقوق العينية ، كالقسمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير .

ثالثاً - تناول قانون التسجيل دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب .

رابعاً - تناول قانون التسجيل الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عيني عقارى ، فأوجب شهر حوالتها أو رهنها أو حلول دائن جديد فيها محل الدائن الأصلي في الحق أو في المرتبة ، ليجوز الاحتجاج بذلك كله على الغير .

خامساً - اتخذ قانون التسجيل إجراءات حاسمة أوجب القيام بها لتحرى الدقة في تحرير العقود واجبة الشهر . فحطاً بذلك خطورة جدية نحو إدخال نظام السجل العقارى وما يتطلبه هذا النظام من الدقة التامة في ذلك . ففرض كما رأينا تحديد شخصية المتعاقدين وذاتية العقار وأصل ملكية البائع له ، وأوجب التصديق على الإمضاءات والأختام توقيماً للتزوير

٢٦٦- ما نركه قانونه التسجيل دور مهم من عيوب نظام الشهر

السابق عليه . وإذا كان قانون التسجيل قد قطع مرحلة في التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى في مصر تحقيقاً للغرض الذى سن من أجله كما جاء في ديباجته (١) ، فإنه لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيراً من عيوب نظام الشهر الذى قرره النصيب المدنى السابق . وأهم هذه العيوب التى بقيت لاصقة بنظام الشهر في عهد قانون التسجيل هي :

أولاً - - بقى نظام الشهر نظاماً شخصياً وفقاً للأسماء لا تبعاً للعقار ، وقد

(١) فقد جاء في ديباجة هذا القانون : « وبعد الاطلاع على ما قرره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ من الموافقة مبدئياً على إدخال نظام السجلات العقارية في القطر المصرى . وحيث أنه يجب قبل إدخال هذا النظام في البلاد إجراء بعض تعديلات في النظام أخال الخاص بالحقوق العينية العارية » .

قدمنا أنه لا يتحول إلى نظام عيني إلا بإدخال نظام السجل العقارى .

ثانياً - يبقى الشهر لاحجية له فى ذاته ، فالعقد يشهر على علامته ، فان كان باطلا يبقى باطلا ، وإن كان لاينقل الحق المبني فهو لاينقله حتى بعد الشهر . وقد قدمنا أن الحجية الكاملة المترتبة على الشهر فى ذاته لا تكون إلا بإدخال نظام السجل العقارى .

ثالثاً - بقيت جهات الشهر متعددة ، وبقى الشهر جائزاً فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق .

هذه هى العيوب الرئيسية الثلاثة التى لم يعالجها قانون التسجيل ، وكان من المتعذر عليه معالجتها قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية أو التخفيف منها بالنسبة إلى تعدد جهات الشهر ، وقبل إدخال نظام السجل العقارى بالنسبة إلى النظام الشخصى وإلى الحجية غير الكاملة للشهر .

يضاف إلى هذه العيوب الرئيسية غيبان آخران ، كان فى استطاعة المشرع أن يعالجهما فى قانون التسجيل لو أنه توخى مزيداً من العناية ، وهذان العيبان هما :

أولاً - لم يستصحب قانون التسجيل استقصاء تاماً للمحررات التى يجب شهرها . فهو قد اقتصر فى التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، وترك التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوقف إذ ببقى شهره مقصوراً على المحاكم الشرعية ، وترك كذلك التصرفات والوقائع التى تنقل الملك بسبب الموت وهى الوصية والإرث ، وعدم شهرها ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق ، فبقى ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل . وترك أيضاً دون شهر القرارات الإدارية التى تنقل الملك كرسوم نزع الملكية وكاذن الحكومة فى إحياء الأرض الموات وكقرارات وزير المالية فى توزيع طرح البحر . ولم ينص صراحة على شهر دعوى صحة التعاقد مع أهمية النص . على ذلك ، وإن كانت محكمة النقض أدخلت هذه الدعوى فى شئ من التجاوز ضمن دعاوى الاستحقاق .

ثانياً - لم يجمع قانون التسجيل نظام القيد إلى نظام التسجيل ، بل فرقهما ، فتكفل هو بنظام التسجيل وترك نظام القيد كما كان منصوصاً عليه في التقنين المدنى السابق . وهذا سبب استحداثه قانون التسجيل إذ لم يكن موجوداً في التقنين المدنى السابق ، فقد كان هذا التقنين يشتمل على النظامين معاً وإن تباينت النصوص في أماكن متفرقة متباعدة . وكان الخبر أن يجمع للتسجيل والقيد في نظام واحد ، وأن يلتمس شتات النصوص المتفرقة التي تعرض لكل من الأمرين . ولو فعل قانون التسجيل ذلك ، لأمكن تدارك عيب وقع فيه التقنين المدنى السابق ، وهو إبقاء بعض الحقوق العينية التبعية - رهن الحيازة العقارى وامتياز بائع العقار - خاضعة لنظام التسجيل دون نظام القيد الذى كان من الواجب أن تخضع له كل الحقوق العينية التبعية .

المرحلة الرابعة - فى نظام الشهر فى قانون تنظيم الشهر العقارى

٢٦٢ - الظروف المهربة لصور هذا الفتريع : تبيات

الظروف للتقدم بنظام الشهر مرحلة رابعة . فقد كانت العيوب التي لم يعالجها قانون التسجيل ، والتي أشرنا إليها فيما تقدم ، عيوباً جديدة تحول دون مرعة الأخذ بنظام السجل العقارى . ثم إن نظام الامتيازات الأجنبية ، عند ما كان متغلغلاً فى مصر ، منع من توحيد جهات الشهر كما رأينا . فعند ما لاحت بارقة فى إلغاء هذا النظام . ثم عند ما تقرر إلغاؤه فعلاً ، ودخلت مصر فى مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ تمهد لإلغائه تماماً ، كانت الظروف مواتية للنظر فى توحيد جهات الشهر حتى قبل إلغاء نظام الامتيازات وفى أثناء مرحلة الانتقال وقد أوشكت على الانقضاء .

هذه الظروف مجتمعة هيأت الجو لإصدار تشريع جديد يعالج العيوب التي تركها قانون التسجيل دون علاج فى نظام الشهر ، وبوجه خاص يوحد جهات الشهر فى جهة واحدة فتزول المساوئ الناجمة عن تعدد الجهات . وقد كان التقنين المدنى الجديد فى طريقه إلى الصدور وقت ذاك ، وكان من الممكن تضمينه هذا التشريع الجديد . وقد تضمنه المشروع النهائى للتقنين الجديد فعلاً ،

لولا أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدنى ، لأنه على كل حال قانون مؤقت الغرض منه التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فقصيره حتماً إلى الزوال بمجرد إدخال هذا النظام .

فصدر قانون تنظيم الشهر العقارى - وهو قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - فى ١١ من شهر أغسطس سنة ١٩٤٦ ، ليكون معمولاً به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهذا هو التشريع المعمول به فى الوقت الحاضر . ويسرى على جميع المحررات واجبة الشهر التى تصدر من تاريخ العمل به . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ فيسرى عليها قانون التسجيل ، ويسرى على المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ نصوص التقنين المدنى السابق . وقد تقدم ذكر ذلك .

فستعرض أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، ثم نبين وجوه الإصلاح التى حققها ، والعيوب التى تركها دون علاج إلى أن يتم إدخال نظام السجل العقارى فى مصر

٢٦٣ - أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى : نناول نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى توحيد جهات الشهر والمحررات الواجب شهرها وإجراءات الشهر .

أولاً - توحيد جهات الشهر : وحد قانون تنظيم الشهر العقارى جهات الشهر فى جهة واحدة هى مكاتب الشهر العقارى ، وألغى الجهات المتعددة التى كان الشهر يتم فيها بإلغاء أقلام التسجيل الملحقة بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية . نرى ذلك فى النصوص الآتية :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن : ينشأ فى المديرية والمحافظات مكاتب للشهر العقارى تنولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها وبقيدها . وتتبع هذه المكاتب وزارة العدل ، ويعين بمرسوم مقرر كل منها ودائرة اختصاصه ، ويلحق بكل مكتب مأموريات يعين بقرار وزيرى مقرر كل منها ودائرة اختصاصه .

ونصت المادة ٢ على أن ينشأ مكتب رئيسي مقره مدينة القاهرة يرأسه
رئيسه ، يعين بمرسوم ، ويتولى هذا المكتب إدارة مكاتب الشهر العقاري
و حفظ صور لجميع المحررات التي شهرت فيها وصور من الفهارس
الخاصة بها .

ونصت المادة ١/٥ على أن يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره
بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه .

ونصت المادة ٤ على أن تلتقى أفلام التسجيل الملحقه بالحاكم الوطنية
والإمامة والشرعية ، وتحل محلها مكاتب الشهر العقاري . ويجال ما بهذا
الأنظم وما بمصلحة المساحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق
الخاصة بشهر المحررات إلى هذه المكاتب .

ثانيا - **المحررات الواجب شهرها** : وأما المحررات الواجب شهرها ، فقد
. القانون في ذلك بين المحررات التي تخضع في شهرها لنظام التسجيل وتلك التي
خضع لنظام القيد .

١ - **فالمحررات التي تخضع لنظام التسجيل** استقصاها القانون
. المحررات سواء كانت منشئة أو كاشفة ، وفي واقعة الإرث ، وفي الدعوى .
قد تناولت المواد ٩ إلى ١١ التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فررد
نص في التصرفات المنشئة ، وأدخلت جميع التصرفات سواء كانت صادرة
عن كالعقود أو من جانب واحد كالوقف ، وسواء كانت بين الأحياء
أو بسبب الموت كالوصية . فدخل بذلك في التصرفات واجبة الشهر
وقف والوصية وقد نص القانون على ذلك صراحة . وكان هذان التصرفان
لا يتناولهما قانون التسجيل كما سبق القول . وجعل الجزاء على عدم التسجيل في
تصرفات المنشئة أن الحق العيني لا ينتقل لبالنسبة إلى الغير ولا فيما بين
قدين ، أما في التصرفات الكاشفة فيرتب على عدم التسجيل أن الحق
العيني لا يكون حجة على الغير فقط . وألحق بالتصرفات المنشئة والتصرفات
الكاشفة الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا رادت مدتها على

تسع سنوات والمخالفات والحوالات (١) بالأجرة مفقداً لا أكثر من ثلاث سنوات ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ونورد هذه النص ص :

نصت المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن : جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن (٢) . ونصت المادة ١٠ على أن : جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية

(١) وقد رأينا أن كلاماً من التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل لم يذكر الحوالة بالأجرة إلى جانب المخالفة .

(٢) ونقول المذكورة الإيضاحية تفسيراً على هذا النص إنه مقتبس من المادة الأولى من قانون التسجيل مع إدخال تعديلات عليها . وأهم هذه التعديلات اعتباراً كلمة : التصرفات ، بكلمة : العقود ، لأنها أشمل في مدلولها ، فهي تتناول إلى جانب العقود والاتفاقات الأفعال القانونية التي تصدر من جانب واحد ، فيقع في حكم النص الوقف والتصرفات الإدارية التي تتناول حقوقاً عينية عقارية كتراسيم نوع الملكية كمنفعة العامة والإذن الذى يعطيه الحكومة فى إحياء الأرض الموتى وقرارات وزير المالية بتوزيع البحر بملا بأحكام القانون رقم ١٩٢٣ لسنة ١٩٢٣ . كذلك مذات من النص عبارة : بالصادرة بين الأحياء ، حتى تشمل مدلول التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية .

هذا وقد قدمنا أن قانون التسجيل كان لا يوجب تسجيل التصرفات الإدارية التي تتناول حقوقاً عينية عقارية . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن المالك لا يكون قد أحيى إذا قضى بتثبيت ملكية المشتري لأطيان من طرح البحر بفقود غير مسجلة فى سجل القوانين رقمى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ ، وذلك أن هذين القانونين لم يوجبا تسجيل القرارات الإدارية لتوزيع طرح البحر . ولا يغير من هذا النظر أن تكون المادة التاسعة من القانون رقم ١٩٢٦ لسنة ١٩٢٦ تشمل نصها إلى جانب العقود والاتفاقات الواجب شهرها التصرفات الإدارية التي تتناول حقوقاً عينية عقارية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر ، أو أن تكون المادة العاشرة من القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٤٢ التى من طرح البحر وأكمله قد نصت على أن يوزع طرح البحر بقرارات من وزير المالية ويكون سنداً له قوة الترخيص الرسمى وأنه يستعمل بخلافه . إن ليس هذين القانونين أثر رجعى فلا يسريان على القرارات السابقة لهما إلا أنهما قد أوقفوا سنة ١٩٤٤ بموجبه أحكام القضاء رقم ٢٠٠ من ١٩٤٤ .

الاصية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالاً موروثية (١) . ونصت المادة ١١ على أنه : يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالفات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالفات والحوالات .

وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهي واقعة الإرث ، فأخضعتها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية كما سبق القول . فنصت على أنه : يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإلى أن يتم هذا لتسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه

(١) وقد ورد النص صراحة على قسمة الأموال الموروثة لأنها كانت محل لبس وجوب تسجيلها في عهد قانون التسجيل . ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأثر الكاشف لقسمة الأموال الموروثة يجعل انتقال الملكية بسبب الوفاة ، وانتقال الملكية بسبب الوفاة لم يكن خاضعاً للشهر في عهد قانون التسجيل . ولكن الراجح في الفقه والقضاء في ذلك العهد هو تسجيل قسمة الأموال ولو كانت موروثة ، لأن القسمة جعلت المال الموروث مفرزاً بعد أن كان شائعاً (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٦٢ ص ٢٤٩) .

هذا وإذا تعارض تصرف منشئ مع تصرف كاشف ، فالعبرة بالأسبقية في التسجيل ، لأن كلا التصرفين لا ينفذ في حق الغير إلا بالتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر مثلاً للمشتري منه إذا سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصص المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة ، ففضلت محكمة النقض عقد البيع على الحكم بالقسمة لأن عقد البيع سجل أولاً (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٤ ص ٣٧٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥) .

الحقوق (١). ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة (٢) . وقد بينت المواد ٤٨ إلى ٥٣ الإجراءات التي تتبع في شهر حق الإرث . وأخضعت المادة ١٤ الديون العادية لدائني التركة للشهر ، فنصت على أنه يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فلادائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير (٣) .

وتناولت المواد ١٥ إلى ١٧ الدعاوى الواجب شهرها ، وهي جميع الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر واجب

(١) وقد قضت محكمة دمنهور للكلية بأن القانون لا يمس مبدأ أبلولة المقاربات إلى الوارث بمجرد تحقق وفاة المورث وقيام سبب الإرث ، دون أن يعتبر حق الإرث تصرفاً من التصرفات القانونية . لذلك لم يعد هناك وجه لجعل انتقال حق الملكية إلى الوارث مترقفاً على شهره . لكن إذا أراد الوارث أن يجرى حل مقدار تلقاه بالميراث أي تصرف ، واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير ، فإنه على الوارث أن يقوم أولاً بشهر حق الإرث . وهذه الشواهد هي التي يتعين الأخذ بها بمناسبة حل الوقف على غير جهات البر (دمنهور الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ الهامة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) .

(٢) ومن ثم إذا أراد الوارث التصرف في عقار معين في التركة ، لم يلزمه أن يشهر حق الإرث من عقارات التركة جميعها ، بل يقتصر على شهر حق الإرث في هذا العقار وحده . ولكن يفترض في هذه الحالة أن هذا العقار وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، فلا يستلجج الوارث أن يتصرف في العقار إلا بقدر حصته في التركة (الأستاذ محمد علي أمام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٤) .

(٣) وإذا لم يشهر الوارث حق الإرث لعدم صدور تصرف منه يقتضى هذا الشهر ، كان لدائن التركة أن ينفذ على أعيان التركة وهي في يد الوارث . وإذا لم يستطع الدائن أن ينفذ بدنه بحيث يكون تأشير نافذاً في حق المشتري لعقار من الوارث ، كان للدائن أن ينفذ بدنه على أموال التركة الأخرى التي تبقى في يد الوارث (الأستاذ محمد علي أيام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

وهذا وتأشير الدائن بحقه ليس لازماً إذا عين لقرعة مصف ، إذ يمكن قيد الأمر بتعيين المصف في السجل المعد لذلك في المحكمة (م ٨٧٩ / ٢ و ٩١٤ مدني) .

الشهر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . فعلم النص عما كان عليه في قانون التسجيل ، وأصبحت دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والوجوع غير مذكورة على سبيل المحصر بل على سبيل التمثيل (١) . فتدخل بذلك الدعوى البولصبة ضمن الدعاوى الواجبة الشهر لتكون حجة على الغير الذي يتعامل مع من تصرف له المدين ، إذ هي دعوى عدم نفاذ وليست بدعوى إبطال (٢) . وذكرت النصوص أيضاً دعوى الاستحقاق (٣) ، ولم تنقل دعوى صحة التعاقد بل أفردها بالنص إذ هي في الواقع ليست بدعوى استحقاق بالرغم من أن محكمة النقض أدرجتها ضمن دعاوى الاستحقاق لتتلافى عيب إغفالها في قانون التسجيل . ونورد الآن هذه النصوص :

نصت المادة ١٥ على أنه ويجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف

(١) ويوجد فرق آخر بين قانون التسجيل وقانون الشهر في حجية تسجيل الدعوى . فقانون التسجيل لا يحمي الدين الذي سجل حقه قبل تسجيل الدعوى إلا إذا كان دائماً مرتبطاً حسن النية . أما في قانون الشهر فيحمي صاحب أى حق عينى حسن النية كالمشتري وصاحب حق الانتفاع ، ولا تقتصر الحماية على الدائن المرتهن ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٥٩ في الشرح) .

(٢) وقد استبدل المشرع عبارة « الواجب الشهر » بعبارة « الواجبة التسجيل » الواردة في المادة ٧ من قانون التسجيل ، فأصبح نص قانون الشهر يتسع لدعاوى الطعن في المحررات التي تظهر بطريق القيد كدعوى شطب الرهن (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٧ ص ١٩٨) . (٣) ولا تؤخذ عبارة « دعوى الاستحقاق » على إطلاقها ، ولا يقصد بها الدعوى التي يرفعها المالك الحقيقي على واضع اليد لاسترداد عقاره ، فإن هذه الدعوى إذا سجلت وحكم للمالك الحقيقي بملكته للمعار كان هذا الحكم حجة للمشتري من واضع اليد ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التي يرفعها المالك على واضع اليد في الأحوال التي يكون فيها تصرف واضع اليد في المقار نافذاً في حق المالك كدعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التي يرفعها البائع بمقتضى صوري ضد المشتري . فإذا باع الوارث الظاهر المقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عند شرائه قبل تسجيل دعوى الاستحقاق ، لم يبرأ الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . وإذا باع المشتري بمقتضى صوري المقار لمشتري آخر حسن النية وسجل هذا المشتري الآخر عند شرائه قبل تسجيل صوري الصورية ، لم يبرأ الحكم بالصورية في حق المشتري الآخر . (نارب الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٢٩) .

الذى يتضمنه المهرر وجرداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو التصح أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المهرر الأصل لم يشهر تسجل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية . وتحصل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقبدها بمجدول المحكمة . ونصت المادة ١٦ على أن « يؤثر بمنطوق الحكم النهائي فى الدعاوى الميئة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٧ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا نقرر بحكم مؤثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما (١) » .

ب - والمهررات التى تخضع لنظام التبر جميعها قانون الشهر مع المهررات التى تخضع لنظام التسجيل ، فتناولتها المواد ١٢ و ١٩ و ٥٨ ، فأخضعت

(١) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى تنص فى فترة ثالثة على ما يأتى : « ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ يحذفها تصحيحاً لنص (الأستاذ أنور سلطان فترة ١٢٥ من ١٩٩ مائس رقم ٢) . والغير الذى كسب حقه وسجل قبل تسجيل صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب الحق بمقد جدى لا بمقد صورى ولا بمقد باطل بطلاناً مطلقاً ، لأن التسجيل لا يمكن أن يرتب لمقد الصورى ولا لمقد باطل آثاراً قانونية لم تكن له ، ليقتضى فى مضمار المناقشة مع مقد جدى ولو كان غير مسجل (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤٤ من ٥٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ من ٢٠٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ من ٤٠٤ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ المحسامة ٢٦ رقم ٨٧ من ١٤٠ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحسامة ٢٦ رقم ١٥٤ من ٤٧٢ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحسامة ٣٠ رقم ١٢٢ من ٩٧٠ - استئناف المخطط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ١٤ من ١٣٩) . وقد صدرت الإشارة إليه - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٢٤ من ٢٠١ - الأستاذ عبد المنعم الجادوى سنة ٢٠١ من ٣٠٤ - من ٢٠٥) .

نظام القيد الحقوق العينية العقارية التبعية وكذلك تغيير الدائن الأصلي في الدبون المضمونة بتأمين عيني عقارى .

أوجبت المادة ١٢ شهر التصرفات المتعلقة بحق عيني عقارى تبعي ، أى لتأمين عيني عقارى ، وذلك عن طريق القيد . فنصت على أن : جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . فوجب إذن قيد حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة العقارى (٢) . وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٢) . ويدخل في حقوق الامتياز حق امتياز بائع العقار ، فهذا الحق لا يكون شهره إلا عن طريق القيد ، وكان قبلاً يكتفى في شهره بتسجيل عقد البيع الذى يذكر فيه بقاء الثمن أو جزء منه في ذمة المشتري . وقد احتاط المشرع ، فيما يتصل بحق رهن الحيازة العقارى وبحق امتياز بائع العقار السابق تسجيلهما طبقاً للأحكام التى كان لها فى الماضى على ما قدمنا ، فأوجب على أصحاب هذين الحقين أن يقوموا بقيد حقوقهم حتى يمكن العثور عليها ضمن الحقبة المقيدة عند البحث ، وحتى تحديد القيد كل عشر سنوات كما هو الحسك في القيود . فنصت المادة ١/٥٨ على : « على أصحاب رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتيازات العقارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم في خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة لها أو في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون (٢) ، أى المدتين أطول . فإذا لم يتم القيد في خلال المدة المتقدمة ، لا يكون الحق بعد انقضاءها نافذاً بالنسبة إلى الغير . ويترتب على إجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الحق من تاريخ تسجيل العقد المرتب له » . وقد بينت المواد ٤١٣٠ إلى ٤٧ إجراءات الواجب اتباعها

(١) وكان هذا الحق قبل ذلك خاصاً دون مبرر لنظام التسجيل ، كما سبق القول .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون نظام الشهر العقارى : « لم تتناول المادة ١٢ غير التصرفات المنشئة أو المقررة الحقوق العينية العقارية التبعية ، أما التصرفات التى تتناول هذه الحقوق أو تغييرها أو زوالها بطريق شهرها هو التأشير في هامش قيدها الأصل » .

(٣) صدر بون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بعد المدة المحددة في هذا الصرمة أخرى تنهى في آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ .

لقيد الحقوق العينية العقارية التابعة ، ولتجديد القيد ، ولإلغاء المحر .
أما فيما يتعلق بتغيير الدائن الأصلي بدائن جديد في الديون المضمونة بتأمين
هيني عقارى ، فقد نصت المادة ١٩ على أنه لا يصح التمسك قبل الغر بتحويل
حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل
الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمجرد القيد
أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

ثالثاً - إجراءات الشهر : أما إجراءات الشهر التي رسمها قانون تنظيم
الشهر العقارى فلا تقل في الدقة عن الإجراءات التي رسمها قانون التسجيل ،
بل تزيد . فأوجب القانون في طلب شهر أن يشتمل على بيانات نصت عليها
المادة ٢٢ على الوجه الآتى : (أولاً) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ،
وعلى الأخص اسمه ولقبه ومنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه .
(ثانياً) بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم . (ثالثاً) البيانات
اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده .
فإن كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ،
وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع
والحارة إن رجد . (رابعاً) موضوع المحرر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار
الدين إن وجد . (خامساً) البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر
يقضى نقيباً في دفاتر التكليف . (سادساً) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية
أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك في العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد .
ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك السابق أو صاحب الحق العيني
وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني منه ورقم وتاريخ شهر عقد التمك إن كان
قد شهر . (سابعاً) بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المتصرف فيه
وعلى الأخص اتفاقات الرى والصرف .

وتعبد مأمورية الشهر للطالب بسخنة من الطلب مؤشراً عليها برأيها في قبول
إجراء الشهر أو بيان ما يجب أن يستوفى فيه . ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير
على الطلب بقبول إجراء الشهر مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة

ومعه الصورة الموضحة عليها من هذا الطلب . وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به . وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التي تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيتها للشهر ، بعد توقيعها أو رد التصديق على توقعات ذوى الشأن فيها إن كانت عرقية . ويحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل ، وعلى قوائم القيد في حالة المحررات الواجب شهرها بطريق القيد ، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً للأنحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى المنصوص عليها في المادة ٨ من هذا القانون (المواد ٢٢ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى) .

٢٦٤ - ومبره الاصلاح التى مقفها قانونه تنظيم الشهر العقارى:
حقق قانون تنظيم الشهر العقارى وجوه الإصلاح التى هيأتها الظروف فيما قدمناه . ففي مرحلة الانتقال إلى إلغاء الامتيازات الأجنبية تمكن من توحيد جهات الشهر ، ثم أدمج نظام القيد في نظام الشهر ، واستقصى المحررات الواجب اخضاعها للشهر فاستكمل ما نقص منها ولم يكن من قبل خاضعاً لهذا النظام . هذه وجوه إصلاح ثلاثة رئيسية حققها قانون تنظيم الشهر العقارى ، نقول كلمة موجزة عن كل منها .

أولاً - وحد القانون جهات الشهر ، فبعد أن كانت جهات ثلاثاً في عهد التقنين المدينى السابق وفى عهد قانون التسجيل ، إذ كان يجوز الشهر فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، ألغى القانون هذه الجهات الثلاث وأنشأ مكاتب موحدة للشهر تحت إشراف مكتب رئيسى عام . وفى مكاتب الشهر هذه ومأمورياتها المنتشرة فى المدن والأقاليم ، تتركز الإجراءات اللازمة لشهر المحررات الواجبة الشهر . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه . ولا شك فى أن توحيد جهات الشهر خطوة كبرى فى طريق إدخال نظام السجل العقارى فى مصر .

وبلا حظ فى هذه المناسبة أن التقنين المدينى الجديد لم ينسق مع قانون تنظيم الشهر العقارى ، من ناحية توحيد جهات الشهر ، فى مسائلتين : إجراءات

الإعسار وإجراءات تصفية الذرعة . وكان ينبغي أن يكون شهر صحيفة دعوى الإعسار والأمر بتعيين المصنفى التركة فى مكتب الشهر لافى قلم كتاب المحكمة ، كما هى الحال فى التأشير بالديون العادية على التركات وكما هى الحال فى شهر حق الإرث ، فان كل هذا يتم شهره فى مكان الشهر لافى أقلام كتاب المحاكم .

ثانياً - ضم القانون الجديد نظام التسجيل ونظام القيد فى صعيد واحد ، فأصلح عيباً وقع فيه قانون التسجيل إذا فصل هذا القانون كما رأينا نظام التسجيل عن نظام القيد الذى بقى خاضعاً لنظام التقنين المدنى السابق .

وقد كان لهذا الإدماج أثر مباشر فى إصلاح عيب آخر وقع فيه كل من التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل ، شأن إخضاع الحقوق العينية العقارية التبعية لنظام واحد فى الشهر . فقد كان بعض هذه الحقوق ، فى التقنين المدنى السابق وفى قانون التسجيل ، يخضع لنظام القيد كما ينبغى ، وبعضها - رهن الحيازة العقارى وحق امتياز بائع العقار - يخضع دون مبرر لنظام التسجيل . فلما عالج القانون الجديد الموضوع علاجاً شاملاً ، فعرض للتأمينات العينية العقارية فى نصوص خاصة بها ولم يكتف بالإحالة فيها إلى نصوص التقنين المدنى ، كان من الطبيعى أن يتوجه لإصلاح هذا العيب . فنص على إخضاع جميع الحقوق العينية التبعية لنظام القيد ، ولم يكن معقولاً أن يستثنى منها أى حق . بل إنزاد على ذلك ، فأوجب قيد التأمينات السابقة على العمل به والى كانت تخضع لنظام التسجيل ، فأصبحت هذه التأمينات خاضعة للقيد شأنها فى ذلك شأن سائر التأمينات . وأصبح من الواجب تجديد قيدها كل عشر سنوات ، وبذلك يسر لأصحاب الشأن البحث عما بثقل العذر من تأمينات فلا يذهبون فى ذلك إلى أبعد من عشر سنوات .

ثالثاً - استقصى القانون الجديد المحررات راجب إخضاعها للشهر ، فلم يترك ثغرات كذلك التى تركها قانون التسجيل .

فالتصرف الصادر من جانب واحد كالأوقف والتصرف الناقل للملك بسبب

وأضاف إليهما الإرث ، وهو وإن كان واقعة مادية من أوسع الأسباب انتشاراً في نقل الملك وعدم شهره بحدث ثغرة كبيرة في نظام الشهر .

هذا إلى أن القرارات الإدارية الناقلة للملك أصبحت هي أيضاً خاضعة للشهر لدخولها في عموم نص المادة التاسعة ، فهي تصرفات من شأنها نقل حق الملكية العقارية ، فوجب أن تكون خاضعة لنظام التسجيل . فراسم تُرَع للملكية للمنفعة العامة ، ومراسم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وقرارات توزيع طرح البحر ، وقرارات ردم البرك والمستنقعات ، والإذن بإحياء الأرض الموات ، كل هذه تصرفات إدارية يجب تسجيلها (١).

وإلى جانب ذلك صد القانون الجديد نقصاً ملحوظاً في استقصاء المحررات الواجبة الشهر في محررات ثلاثة : دعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية والحوالة بأكثر من أجرة ثلاثة سنوات مقدماً (٢) وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك (٣) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر بند ١٨ - وانظر الدكتور محمود شوقي الشهر العقاري علماً وعملًا ص ٣٩٨ ص ٣٩٩ - ولم تكن هذه التصرفات الإدارية واجبة التسجيل قبل قانون سنة ١٩٤٦ م فن ملك يتصرف إداري صدر قبل العمل بقانون الشهر يستطيع دون أن يسجل هذا التصرف ، أن يشفع بما ملك (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

(٢) وكان إجماع الفقه والقضاء في عهد قانون التسجيل وجوب تسجيل الحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وإن لم يرد بها النص كما ورد في قانون الشهر العقاري ، وذلك قياساً على المخالصة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً .

(٣) أما في دعوى الشفعة ، فليس واجباً شهر الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع . ولكن يجب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ١/٩٤٢ مدني) ، فلا يسرى من حق الشفيع أي دهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ، ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية على المشتري من ضمن المقار (م ٩٤٧ مدني) . ولا تخضع عريضة دعوى الشفعة للشهر ، والحكم بالشفعة يجب تسجيله (م ٩٤١ مدني) ويؤثر به على هاشم تسجيل إعلان الرغبة وعلى هاشم تسجيل البيع الأصل إذا كان هذا البيع قد سجل .

وغنى عن البيان أن القانون الجديد ، مع تحفته لوجوه الإصلاح المتقدمة الذكر ، احتفظ في الوقت ذاته بالمزايا التي حققها قانون التسجيل . فقرر إجراءات دقيقة للتحري عن صحة المحررات ، بل هو قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل وحسم الخلاف في أن النفوذ الكاشفة ، وحمل التسجيل في التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق المعنى لا في حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وغير ذلك من المزايا التي سبق بيانها .

٢٦٥ - ما بقى رده علاج من العيوب : على أن هناك عيبين

جوهرين باقين في نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخضياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته

وما كان قانون تنظيم الشهر العقاري يستطیع معالجة هذين العيبين ، فإن العلاج الوحيد لما هو إدخال نظام السجل العقاري في مصر ، وإدخال هذا النظام لن يكون إلا على سبيل التدرج لتخت الأراضى وانتشار الملكيات الصغيرة في أرجاء مصر منذ أمد بعيد (١) .

٢٦٥ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة

٢٦٦ - عمره : ونقصر الآن بحثنا في تطبيق نظام التسجيل على عقد

البيع خاصة ، وهو الموضوع الذى نعالجه في هذا الجزء من الریض . ونسبر الكلام

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية لمشروع قانون تنظيم الشهر العقاري : « غير مستطاع إدخال نظام السجلات المبنية وتطبيقه إلا على سبيل التدرج ، إذ من جانب لم تتم إعادة مساحة البلاد جميعها . وحتى في المناطق التي تحت فيها المساحة الحديثة وهي تبلغ نصف مساحة البلاد تقريباً ، لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بحسب خطة البيانات الخاصة بالملكية والحق المبنية . ولذلك فالمفروض البدء بتطبيق هذا النظام في مناطق سورة الواحدة تلو الأخرى ، ومزدى هذا أن بقية المناطق يظل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصى . ولذلك وجبت المدرسة إلى معالجة العيوب التي أسفر عنها العمل واستكمال وجوه النقص ، ليتيسر تطبيق النظام الجديد عليها » (المذكورة الإيضاحية بند ٩) .

التسجيل على عقد البيع من الناحية الموضوعية دون ناحية الاجراءات ،
فقد سبق أن تناولنا ناحية الاجراءات بوجه عام ودخل فيها عقد البيع
كسائر التصرفات .

ويجب أن نميز بين عهدتين : (أولاً) عهد التقنين المدني السابق (ثانياً) عهد
قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري . فإن أحكام التسجيل بالنسبة إلى
عقد البيع واحدة في هذين القانونين .

أولاً - عهد التقنين المدني السابق

٢٦٧ - التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها

بالنسبة إلى الغير : التمييز الجوهرى الذى يبرز فى عهد التقنين المدني السابق ،
من حيث أثر أحكام التسجيل فى عقد البيع ، هو التمييز بين انتقال الملكية فيما
بين المتعاقدين حيث يتم ذلك دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع ، وانتقالها
بالنسبة إلى الغير حيث لا يتم ذلك إلا بالتسجيل .

٢٦٨ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين مع هامش فيه إلى

التسجيل - - - - - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من التوارث :
تنتقل الملكية فيما بين البائع والمشتري بعقد البيع ولو لم يسجل (١) وكذلك تنتقل
الملكية بالبيع غير المسجل فى حق الدائنين العاديين لكل من البائع والمشتري ،
فلا يستطع دائنو البائع التفتيش على العقار المبيع وهذا مع الاحتفاظ بحق الدائنين

(١) استثنائات مخطوط ٢٦ ذى حوزة سنة ١٨٩٥ م ٨ عن ٢١٠ - ٢١١ ذى حوزة سنة ١٩١٥ م ٢٨ عن ٦٨ - رأى من البيان أنه يشترط لانتقال الملكية إلى المشتري أن يكون البائع مالكا
لعقار ، فإذا لم يكن مالكا له وكان المشتري حسن النية ، فإن هذا الأخير يملك العقار بالتقادم
المستحق ولو كان عقد البيع غير مسجل فى العهد الذى نحن بصدده . وإذا اشترى مضمونان من بائعين
مختلفين ، فالشخص المشتري من المال هو الذى يملك ولو لم يسجل عقده (استثنائات مخطوط
٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ عن ٢٤٥) .

في البيع بالدعوى البولصبة ، وعلى العكس من ذلك يستطيع دائر المشتري التنفيذ على العقار الذي أصبح ملكاً لمدينهم . وتنقل الملكية كذلك بالبيع غير المسجل في حق وريثة كل من البائع والمشتري ، فإذا مات البائع قبل تسجيل العقد لم تنتقل ملكية العقار إلى وريثه بالميراث لأنه خرج عن ملكه ، وعلى العكس من ذلك تنتقل ملكية العقار إلى وريثة المشتري إذا مات ولو قبل تسجيل العقد لأن ملكية العقار قد انتقلت إليه بالبيع .

ويترتب على أن البائع إذا مات قبل تسجيل البيع لم تنتقل ملكية العقار إلى وارثه : أن المشتري هو الذي يكون الكأ بالنسبة إلى هذا الوارث . فإذا باع الوارث العقار فإنه يكون قد باع مالا يملك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري منه ولو سجل هذا عقد شرائه (١) . ونرى من ذلك أن المشتري من الوارث إذا نازع المشتري من المورث ، فإن المشتري من المورث هو الذي يفضل ولو سجل المشتري من الوارث عقده قبل أن يسجل المشتري من المورث (٢) . وكان هناك ، في عهد التتئين المدني السابق ، رأى آخر يذهب إلى أن المشتري من الوارث إذا سجل قبل المشتري من المورث يفضل عليه ، قياساً على ما جاء في المادة ٧٤٥/٦١٨ من أن المشتري من الموصي له إذا سجل قبل المشتري من الموصي يفضل عليه وحق الوارث أقوى من حق الموصي له . وهذا الرأي قد أخذ به بعض المحاكم وكثير من الفقهاء (٣) .

(١) وقد رأينا - أنظر الحاشية سابقة - أنه إذا اشترى شخص عقاراً من المالك الحقيقي ، فضل على المشتري من غير المالك ، ولو لم يسجل الأول عقده وسجل الثاني .
(٢) وهذا الحكم يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضى بأن الوارث لا يستتر شخصية مورثه (الأستاذ محمد حلى عيسى فقرة ١١٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات مبنية ص ٢٠٥ والأحكام التي أشار إليها في هامش رقم ٥ - وانظر استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٤٢/٢ ص ٣٦٤ - محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٧ يوليو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩٢) .

(٣) استئناف وطني ١٠ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٣٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٧ - الأستاذ لاميير في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢٠٨ - ص ٢١٣ - الأستاذ شلدون إيموس في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٢ - ص ٢١٨ - الأستاذ مونييه في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٩ - ص ٢٣٤ - الأستاذ =

٢٦٩ - انتقال الملكية بالنسبة الى الغير لا يكونه الا بالتسجيل .

ونبدأ أولاً بتحديد من هو الغير . بخلص من النصوص التي وردت في التقنين .
السابق أنه يشترط في الغير شروط ثلاثة

(١) أن ثبت له على العقار المبيع حق عيني بعوض . فالمشتري الثاني لعقار سبق أن بيع لمشتري أول ثبت له حق عيني - وهو حق الملكية - على هذا العقار بعوض ، فيعتبر من الغير . وكذلك يعتبر من الغير الدائن المرتهن ، إذ ثبت له حق رهن على العقار المبيع في مقابل دينه (١) . ومثله من يثبت له حق انتفاع أو حق ارتفاق بعوض على العقار المبيع . أما من ثبت له حق عيني بغير عوض ، كالموهب له والموصى له ، فلا يعتبر من الغير ، ويسرى في حقه البيع ولو لم يسجل . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري العقد ،

= عل زكي العراق في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية ونتاجه في القانون ص ٣٧ - ص ٤٤
استاذان أحمد نجيب الهلال وحامد ركي مبره ٢٦ - واصحاب هذا الرأي لا ينفصلون إلى أن
ث يستمر شخصية المورث فإن هذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، ولكم يستندون إلى
أحكام التسجيل كما هي مفردة في التقنين المدون السابق ، فالوارث انتقلت إليه الملكية بالوارث
و للملكية الآبله بالإرث - ثبت في حوكل إنسان بشيوت الوراثة ، فيحصل المشتري من الوارث
إذا كان أسبق تسجيلاً من المشتري من المورث .

وهناك رأي ثالث يفضل كذلك المشتري من الوارث الأسبق في التسجيل ، ولكن هذا الرأي
يستند في ذلك إلى أن الوارث يستمر شخصية المورث ، وإلى أن القاعدة التي تنص بالآلركة
إلا بعد سداد الديون في الشريعة الإسلامية لا يقصد بها أن تظل للتركة منفذ حتى الوفاء بديون
- ث ، بل المقصود هو جعل كل وارث مسئولاً عن ديون التركة نسبة - إليه سها
(الأستاذ أحمد عبد الطيف والأستاذ عزيز كحيل الحمامة ٢ عدد ٢ - استئناف محتلط ٢ مارس
سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٦) .

أظهر في عرض هذه الآراء الثلاثة الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ من ٢٢١ - ص ٢٢٢
- الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٥٩ - الأستاذ عبد المنعم الدراوي فقرة ٢٢٠ .

(١) ومثل ادائن المرتهن الدائن الذي له حق اختصاص ، فإذا قيد الاختصاص تقدم
صاحب على مشر من المدين لم يسجل منفذ شرائه . حتى لو كان عهد المدين نفسه غير مسجل
(استئناف محتلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٣٧ ص ٢٣٤) . ويقدم دائن البائع الذي قيد دينه قبل
تسجيل البيع وقبل قيد حق اختصاص لدائن المشتري (استئناف محتلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٩ م
٢٢ ص ٢٠ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٢٧ ص ١١٨)

وهب البائع العقار لشخص آخر وسجل الموهوب له الهبة ، فان المشتري هو الذي يقدم ولو لم يسجل . ذلك أن البيع غير المسجل نقل ملكية العقار إلى المشتري في حق الموهوب له ولو سجل عقد الهبة ، إذ الموهوب له ليس من الغير فيسرى العقد غير المسجل في حقه . لكن إذا بادر الموهوب له وباع العقار إلى مشتر سجل البيع قبل أن يسجل المشتري الأول عقده ، فان المشتري من الموهوب له يعتبر من الغير ويقدم على المشتري الذي سجل بعده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا وصى بائع العقار بالعقار ومات قبل أن يسجل المشتري عقده ، فان المشتري يفضل على الموصى له ، ولكن إذا بادر الموصى له إلى بيع العقار وسجل المشتري من الموصى له عقده قبل أن يسجل المشتري الأول ، اعتبر المشتري من الموصى له غيراً وفضل على المشتري من الموصى .

(٢) أن يكون هذا الحق العيني الثابت على العقار مبنياً على سبب صحيح محفوظ قانوناً . ويتوافر هذا الشرط بأن يكون لهذا الحق العيني مصدر هو تصرف قانوني ناقل للملكية ، ويكون لهذا التصرف إجراءات مقرررة لحفظه قانوناً فيقوم صاحب الحق بهذه الإجراءات . فلا يكفي لاعتبار المشتري الثاني للعقار أو الدائن المرتهن غيراً أن يتم البيع أو الرهن . بل يجب أيضاً على المشتري الثاني أن يسجل عقد البيع الصادر له وعلى الدائن المرتهن أن يقيد عقد الرهن حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فإذا حفظ كل منهما حقه على هذا الوجه المطلوب قانوناً ، لم يجوز للمشتري الأول أن يحتج عليهم بعقده إذا كان هذا العقد لم يسجل أو سجل بعد ذلك .

(٣) أن يكون صاحب الحق العيني المحفوظ قانوناً حسن النية (١) . ومعنى أنه حسن النية هو أن يكون ، على الرأي الراجح ، غير عالم بالتصرف السابق صدوره من مالك العقار . فبجرد العلم بسبب هذا التصرف يجعل صاحب الحق العيني سيئ النية ، فيفضل عليه من تصرف له المالك أولاً ولو لم يكن قد سجل عقده ، بشرط أن يكون لهذا العقد الأول تاريخ ثابت سابق على تاريخ العقد

(١) اشتراط نيتان : ٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ١٤ من ١٩٦٩ .

الثاني (١). وهناك رأى آخر يذهب إلى أنه حتى يكون المشتري سيء النية لا يكفي علمه بسبق الترف ، بل يجب أيضاً أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين البائع (٢).

(١) ويستند هذا الرأي إلى صريح نص المادة ٣١١/٢٧٠ مدني ، وإلى أن المشتري الثاني الذي يعلم بالتصرف السابق يكون قد علم أن البائع يتصرف في عذر عنك لمعبر فيكون علمه البيع الصادر إليه سبباً مبيهاً والمادة ٣١١/٢٧٠ تشترط في الغير أن يكون حنفه مبنياً على سبب صحيح ، وإلى أن هذا هو الرأي السائد في بلجيكا مع أن القانون البلجيكي اختصر على اشتراط عدم الفسح ولم يذهب إلى حنفه اشتراط حسن النية ، ولأنه لا يمكن الاحتجاج بالرأي السائد في فرنسا الذي يشترط للتواطؤ لأن نص القانون الفرنسي لا يشترط حسن النية في المشتري الثاني مثل بلجيكته في تفسير عهده ، وإلى أن القومسيون النول الذي عند في سنة ١٩٠٤ لا زال نظام السجل العقاري في مصر اقترح أن ينص على أن مجرد علم المشتري الثاني بالتصرف الأول لا يكفي لاعتباره سيء النية ولكن هذا الاقتراح قد رفض (انظر الأستاذ أنور سلطان فترة ١٨١ ص ٢٩ - ص ٢١٠ - والتون ، ص ٤٢ - تقرير لجنة القومسيون النول من ١٧ وتقرير اللجنة الفرعية من ١٤) .

وانظر من هذا الرأي : دي هلنس : بيع فترة ١٢٩ - والتون ٢ ص ٤٣ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فترة ٢٥٦ - استئناف دس ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستئناف ٤ ص ٥٢٦ - ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٦ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ ١٠ ص ١٠٣ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٠٤ ١٧ ص ٢٥ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٩ ص ٢٥ - ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ١٢١ .

(٢) انظر إلى أساسه هذا الرأي منقولة من كتاب البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٢٤٩ هامش ١ - ويستند هذا الرأي إلى الرأي السائد في فرنسا وقد سبق الإشارة إليه ، وإلى أن مسألة العلم بالبيع الأول مسألة نسبية يصعب التأكد منها فالأخذ بها يزع الثقة في المعاملات المقاربة ، وإلى أن التسجيل حتى يكون نظاماً مفيداً يجب أن يكون له دالة تربينة على العلم وأن يكون انتفاؤه تربينة على عدم العلم فلا يجوز إثبات علم المشتري الذي يتصرف سابق لم يسجل إلا إذا أريد إثبات تواطئه مع البائع .

وانظر من هذا الرأي كادامينوس في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٩ ص ٤٠٣ - تنو ٦٣ - جرانمولان في التأمينات فترة ٨٨٦ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فترة ١١٧٣ - محكمة مصر الوطنية ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٤ - استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٩ - ٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٤ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٥ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧٤ ص ٢١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ .

ولكن هذا الرأي لا يتفق مع النصوص ، ففي النص العربي للمادة ٢٧٠/٣٤١ يعتبر من الغير من كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها ، وترجمة هذه العبارة الأخيرة في النص الفرنسي للمادة هي « qui sont de bonne foi » . وكلتا العبارتين العربية والفرنسية لا تستلزم إلا حسن النية ، وحسن النية ينتفى قطعاً بعلم المشتري الثاني بسبق صدور التصرف دون حاجة إلى التواطؤ .

فاذا فرضنا أن شخصاً باع عقاراً لمشتري أول ، ثم باعه مرة أخرى لمشتري ثان ، وتوافرت الشروط الثلاثة المتقدمة الذكر في المشتري الثاني ، لم يسر في حقه البيع الأول إلا إذا كان مسجلاً قبل أن يسجل عقده . ولكن يجب أن يكون كل من المشتريين قد اشترى من المالك الحقيقي ، فاذا اشترى أحدهما من غير المالك الحقيقي وسجل فضل عليه المشتري من المالك الحقيقي ولو لم يسجل . وقس على ذلك سائر أصحاب الحقوق العينية (١) . وإذا صدر عقدان متواليان من

١ - وهناك رأى ثالث لا يمكن بالعلم بالتصرف الساس ، بل ولا بالتواطؤ ، فيصح تسجيل المشتري الثاني إذا تم أولاً مهما كان هذا المشتري الذي سبقه البنية ومهما كان ثرواته ، ما لم يكن عقد البيع الصادر إليه عنده صورياً ، فعنده لا يكون للعقد وجود ولو سجل (استئناف مخطوط ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥) . ولكن هذا الرأي ما لبث أن هجر ، إذ أن المشرع لم يكن في حاجة إلى النص على عدم الاعتداد بالعقد السوري (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ انعامات ٣٠ رقم ٤٣٣ ص ٩٧٠ - استئناف مخطوط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٤٩ هامش ١ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٢٦ - ص ٢٣٧) .

(١) استئناف مخطوط ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٢٦ - ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٢ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٩ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ - ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١١٣ - ويلاحظ أن المشتري من غير مالك قد يكسب الملكية بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية ولو لم يسجل عقده ، وبذلك يفضل على المشتري من المالك الحقيقي ولو سجل هذا عقده . أما إذا اشترى كل منهما من المالك الحقيقي ، فالعبرة بالتسجيل في تفضيل أحدهما على الآخر ، فمن سجل أولاً فضل ولو كان الآخر حسن النية وحاز المقار خمس سنوات ، إذ أن محل تطبيق التقادم الخمسي أن يكون الحائز قد اشترى من غير مالك .

مات واحد ولم يسجل أيهما . فالعقد الأسبق هو الذي يفضل (١) .

ويتفق في بعض الأحيان أن المشتري العقاري لا يسجل البيع ، ويباع العقار لمشتري ثان ويسجل المشتري الثاني . فإذا باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري سجل عقده ، فهل يفضل في هذه الحالة المشتري الأسبق تسجيلاً ؟ لو أن المشتري من المشتري الأول سجل البيع الصادر للمشتري الأول من مالك العقار قبل أن يسجل المشتري الآخر من المالك عقده ، فلا شك أن المشتري من المشتري الأول يفضل . ولكن المفروض أن المشتري من المشتري الأول لم يسجل إلا البيع الصادر له من المشتري الأول دون البيع الصادر من المالك إلى المشتري الأول . فلما صيغت القواعد العامة في التسجيل ، لوجب القول بأن المشتري الآخر وقد سجل عقده يفضل على المشتري الأول من المالك الذي لم يسجل ، فيفضل من باب أولى على المشتري من المشتري الأول ولو سجل عقده . ولكن المادة ٦١٩/٧٤٦ من التقنين المدني السابق تنص على أنه وفي حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكفي بتسجيل العقد الأخير منها (٢) . وبؤخذ من هذا النص أنه في الفرض المتقدم يفضل المشتري من المشتري الأول إذا سجل عقده أولاً (٣) .

== ويرباع شخص عقاراً ، وفي أن يسجل المشتري باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري ثان : كانت المفاضلة بين المشتريين بالتسجيل . أما إذا صدر البيع الثاني بعد تسجيل البيع الأول ، كان البيع الثاني صادراً من غير مالك ولو بالنسبة إلى الغير ، فلو صار المشتري الثاني العقاري وهو حسن النية حسن السراة . يمكنه بالتقدم الخسري ولو لم يسجل عقده ، وفضل على المشتري الأول الذي سجل عقده .

(١) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١١٩٢ م ٢٩ ص ٣٥٤ .

(٢) على أن المادة ٦٣٥/٧٦٥ - ٧٦٦ من التقنين المدني السابق توجب على كاتب المحكمة أن يؤثر من تلقاء نفسه بأسماء المتعاقدين السابقين الذين لم تسجل عقودهم ، وذلك حتى يمكن للغير أن يعلم بتصرفهم في العقار .

(٣) هانتون ص ٣٤١ - جرائمولان في التأمينات مقرة ٨٨١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي مقرة ٢٦٢ (وانظر بوجه خاص ص ٢٦٠ هامش ١ حيث يبينان رجوع انتقاد الحل الذي أخذ به النص) .

ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى

٣٧٠ - التمييز بين حكم البيع قبل أنه يسجل وحكمه بعد التسجيل :

أما فى عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فليس التمييز الجوهري هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق ، ففى كلتا الحالتين لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . ولكن التمييز الذى يبرز فى العهد الذى نحن فيه هو التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل .

١ - حكم البيع قبل أن يسجل

٢٧١ - البيع غير المسجل لا ينتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما

بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث : لا ينتقل البيع غير المسجل الملكية بالنسبة إلى الغير ، وليس فى هذا جديد فقد كان البيع غير المسجل فى عهد التقنين المدنى السابق لا ينتقل هو أيضاً الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا ينتقل البيع غير المسجل الملكية فيما بين المتعاقدين أيضاً ، وهذا هو الجديد ، فقد كان البيع غير المسجل فى عهد التقنين المدنى السابق ينتقل الملكية فيما بين المتعاقدين كما سبق القول (١) . فتجريد البيع غير المسجل من أثر نقل الملكية فيما بين المتعاقدين كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم .

ويترتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعين المبيعة مادام البيع لم يسجل ، ومن ثم لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكته

(١) ومن ثم إذا كان مقد البيع له تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل بقانون التسجيل ، فإنه يمتنع من غير تسجيل الملكية فيما بين المتعاقدين (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ بحسبه أحكام النقض ١ رقم ١٢٢ ص ١٨٤) .

على العين المبيعة، وإن كان يستطيع كما سنرى أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع . وقد قضت محكمة النقض في عهد قانون التسجيل بأن هذا القانون قد عدل حكم المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق فيما يتعلق بنقل الملكية ، فبعد أن كان نقلها بمقتضى هذه المادة نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراهياً إلى ما بعد حصول التسجيل . وهذا فلا يصح للمشتري - مادام لم يسجل عقده - أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه ، وإنما له أن يطلب البائع أو ورثته من بعده بالالتزامات الشخصية التي يرتبها تسليم المبيع وربيعه وغير ذلك . فإذا هو طالب قبل التسجيل بتثبيت الملكية وتسليم المبيع وربيعه وقضى له بذلك ، تعين نقض الحكم فيما يتعلق بتثبيت الملك لرفع الدعوى قبل استيفاء شروطها (١). ويبقى البائع مالكا للمبيع (٢)، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، وإذا سلمه لا يستطيع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له ، لأنه ضامن لاستحقاقه ومن يضمن نقل ملك لغيره لا يجوز أن يدعيه نفسه . وكما يجري هذا الحكم على البائع يجري على وارثه ، فلا يجوز للبائع أن يمنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترده منه بعد أن سلمه إليه (٣) .

(١) نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥١ - وانظر تعليقه على الحكم للأستاذ حلمي هجيت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٢) فإذا زعمت ملكية المبيع لمنفعة العامة قبل تسجيل عقد البيع ، زعمت على البائع وعلى المشتري ، وانفسخ عقد البيع ، ولا يكون للمشتري حق في التعويض المعطى للبائع من روح الملكية (استئناف مخطوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل عقد البيع وتواخي انتقال الملكية بسببه ، أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو للبيع . وكما يجري هذا الحكم على البائع فهو يجري على من خلفه في تركته ، فإن على الوارث أن يقوم للمشتري كورثه بالإجراءات اللازمة للالتزام بالتسجيل من الاعتراف بصور العقد بالأوضاع المتأداة أو بإنشاء العقد من يد بطلت الأوضاع . ومتى وجب هذا على الوارث فلا يقبل منه أن يدعي لنفسه ملك المبيع على المشتري ، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ . وانظر أيضاً المنصورة الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢) . ويسرى التزام ورثة البائع في حق دائنهم (استئناف مخطوط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠) .

ويترتب على ذلك أيضاً أن دائن المشتري لا يستطيع أن ينفذ على العقار ابيع قبل تسجيل عقد البيع ، ولا يستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (١) ، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري . أما دائن البائع فيستطيع التنفيذ على العقار ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (٢) ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ في حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع (أنظر م ٦١٦ مرافعات) . وكذلك تنتقل ملكية العقار ، إذا مات البائع قبل تسجيل البيع ، إلى وارث البائع . أما إذا مات المشتري قبل التسجيل ، فإن الملكية لا تنتقل إلى وارثه ، ولكن يستطيع وارث المشتري أن يطالب البائع أو وارثه بنقل ملكية المبيع وأن يرفع على أى منهما دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع .

وإذا مات البائع فانتقلت ملكية العقار إلى وارثه ، وباع الوارث العقار إلى مشتر آخر ، فإن النزاع يقع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث . وقد رأينا أن المشتري من المورث ، في عهد التقيين المدني السابق ، سر الذي يفضل ، لأن الملكية انتقلت إليه من المورث ولو لم يسجل العقد ولم تنتقل الملكية إلى الوارث ، فيكون المشتري من الوارث قد اشتري من غير مالك فلا تنتقل إليه الملكية ولو سجل عقده . أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، فالأمر يختلف . ذلك أن المشتري من المورث لم يسجل عقده فلم تنتقل إليه الملكية ، وانتقلت إلى وارث البائع . ثم انتقلت من الوارث إلى المشتري منه إذا سجل الوارث شهادة الإرث وسجل المشتري من الوارث عقد شرائه . ومن ثم يفضل المشتري من الوارث على المشتري من المورث إذا سبق الأول الثاني في التسجيل (٣) . غير أنه إذا أضر المشتري من المورث ، باعتباره

(١) ويبقى حق الاختصاص غير صحيح حتى بعد تسجيل البيع ، لأنه أخذ على عقار كان غير مملوك للمدين وقت أخذه ، وقد قضت محكمة النقض بذلك ورفضت الأخذ بالأثر الرجعي لتسجيل فيما بين المتعاقدين ودانتهنهم (نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة جمر ٢ رقم ١٥٣ من ١٩٧) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ م ٤٣ من ١٤٣ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٧ ص ٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البيع الصادر من المورث لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري منه إلا بالتسجيل . فإذا لم يسجل عقد شرائه ، بقي كعقار على دائن البائع وانتقل إلى وارثه =

دائماً للتركة ، بدينه صبيلاً لأحكام المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري قبل
١ المشتري من الوارث عقده ، أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال
سنة من تاريخ شهادة الإرث . كان له أن يحنج بحقه كمشترى على المشتري من
الوارث . ولما كان حقه هو أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، فإن له أن يطالب
المشتري من الوارث بنقل ملكية المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض (١) ،
فإذا حصل على حكم بطليه سجله فانتقلت إليه الملكية

وزى من ذلك أن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث
في حالتين : (١) إذا سبق إلى تسجيل عقده (٢) أو إذا أشر بحقه قبل تسجيل

== من بعده بالإرث . وإذا لم يعبه وسجل المشتري منهم عقد شرائه ، انتقلت إليه ملكيته .
أما الاحتجاج بقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون وأن شخص الوارث يفاير شخص مورثه
و محل لإجراء حكم التفاضل بين البيعين على اعتبار أنهما صادران من متصرف واحد في حين أنهما
صادران من شخصين مختلفين - هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل ،
وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ المؤرخة ١٠/١٠/٢٩ تطبيقاً على واقعة الدعوى ،
والتي من مقتضاها ألا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ، وأن ليس للمشتري
بعقد غير مسجل إلا حصة شخصية قبل البائع له . فكما أن البائع يند غير مسجل يستطع أن يبيع
مرة ثانية لمشتري آخر تنتقل إليه الملكية بتسجيل عقده ، فكذلك الوارث الذي حل محل ماله
فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات في حدود التركة يملك أن يتصرف في العين التي
بثناها بالميراث عن مورثه لمشتري آخر . لم يسجل المشتري من مورثه عقد شرائه ، وتنتقل
الملكية إلى هذا المشتري الآخر بالتسجيل ببقائها حكماً على ملك المورث . أما كون تصرف
الوارث نافذاً أو غير نافذ وحق دائمي التركة فهو بحث آخر ، ويظل حق الدائنين قائماً في العين
في هذا التصرف بما يخولهم القانون من حقوق في هذا الخصوص ، كما يبقى لهم حق تتبع أعيان
الحركة استيفاء لديونهم وفقاً لأحكام الشريعة الدراء الواجب تطبيقها في هذا الخصوص عملاً
بالمادة ٥٤ من القانون المدني القديم (نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ؛
رقم ٦٧ ص ٤٦٧ - وانظر أيضاً : نقض مدني أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ؛
رقم ١٤١ ص ٥٦٩ - يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ؛ رقم ١٧٦ ص ١١١٣ -
وقارن : نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٣ ص ٢٤ - ٢٨ يونيه
سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١١ ص ٧٩٤) . وانظر الأستاذ أنور سلطان
فقرة ١٨٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٠ وفقرة ١٧٦ ص ٢٩٦ - الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقي فقرة ١٠٨ - الأستاذ جميل للشرقاوي ص ١٨٢ - ص ١٨٣ - الأستاذ عبد المنعم
البدراوي فقرة ٢٢١ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٣
(١) أنظر أيضاً فقرة ١٩٣ في الهامش .

المشتري من الوارث عقده أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تسجيل شهادة الإراث (١) . فاد لم يفعل هذا ولا ذات ، فصل عليه المشتري من الوارث إذا سجل عقده . لأن هذا قد شترى من الوارث بعد أن انتقلت إليه الملكية بالميراث . وإذا سلم المشتري من المورث العقار المبيع بالرغم من ذلك . فإن عقد البيع الذي في يده لا يعتبر سائياً صحيحاً في التقادم الخمسي ، لأنه صدر من المورث وقت أن كان الكا للمبيع والسبب الصحيح في التقادم الخمسي يجب أن يكون صادراً من غير مالك . لكن إذا استمر المشتري من المورث حائزاً لتعذر المبيع مدة التقادم الطويل . انتقلت إليه الملكية بالتقادم لا بعقد البيع (٢) .

٢٧٢ - ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعاً فينبغي آثاره عند

نقل الملكية بالاعمال : على أن البيع لم يصبح . بعد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل . فهو لا يزال من عقود التراضي ، والبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة ، وينتج جميع آثار البيع عند نقل الملكية بالفعل . وقد كان هناك رأى يذهب إلى أن البيع غير المسجل لا يكون بيعاً وإنما يكون عقداً غير مسمى وأن البيع لا يتم إلا بالتسجيل . ولكن هذا الرأي بقي رأياً مرجوحاً منذ ظهر ثم اخفى سريعاً ، وأجمع الفقه والقضاء على أن عقد البيع يتم بالتراضي ولو لم يسجل (٣) . فالبيع غير المسجل

(١) المادة ١٨٤ من قانون ١٩٢٤ .

(٢) وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا عولت محكمة الموضوع على ما ثبت لديها من المشتري بعقد عريضة ثبتة التاريخ من المورث قد سكر . والشرط بوضع اليد المكسب لمصلحة دائمة الطويلة . استغنت هذا عن البحث في أمر تسجيل واختصاص الذي أخذ ضد المورث والمتفادى بينه وبين العقود العرفية وفقاً لمواد التسجيل القديمة ، فلا مخالفة للقانون في ذلك : لأن واضع اليد المدة الحريضة مع العقد العرفي أثبت التاريخ بقصر قانوناً على صاحب التسجيل (نقض من ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٣ ص ٢٤) .

(٣) وقد قصت محكمة النقض بأن قانون تسجيل الصادر في ٢٦ يولييه سنة ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للدين وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مترتب =

ينتج جميع آثار البيع ، إذا استثنينا نقل الملكية بالفعل كما قدمنا .

ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري (١) وبتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشتري ، فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن والمصروفات وبأن يتسلم المبيع (٢) . ويترتب على ذلك أيضاً أن البيع غير المسجل يبقى محتفظاً بالوصف

= على مجرد العقد بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباقي آثاره (نفق مدي ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩ ص ١٦٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ - أول يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ - أنظر أيضاً استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٨٦ - ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٠) .

هذا وقد قدمنا أن بيع العقار في التقنين المدني العراقي عقد شكل لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابور ، وأن العقد غير المسجل في دائرة الطابور ليس ببيع بل هو عقد غير مسمى يقتصر على إنشاء التزام بالتعويض دون أن ينشئ التزاماً بنقل الملكية (أنظر آنفاً فقرة ٢٥٠ في الماش) .

(١) ويترتب على أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع ما يأتي : (أ) ما قدمناه من أن البائع لا يستطيع أن يطالب المشتري بتثبيت ملكيته على المبيع ولو أنه لا يزال مالكا لأن البيع لم يسجل ، ذلك أنه لا يتم بنقل الملكية ومن كان ملتزماً بنقل الملكية لا يستطيع أن يطالب به (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الماش) . (ب) يجوز للمشتري الذي لم يسجل عقد شرائه ، وقد أصبح دائماً البائع بنقل الملكية ، أن يجرى حقه هذا لئلا له ، وتكون الحوالة صحيحة ولا يمنع من صحتها عدم تسجيل البيع (نفق مدي ٣ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة أحكام النفق ٦ رقم ٧٦ ص ١٩٤) . (ج) إذا اشترط البائع على المشتري ألا يسجل العقد قبل الوفاء بالثمن ، فإن البيع يتم قبل الوفاء بالثمن وقبل التسجيل ، ويكون التسجيل وحده هو الموقوف على دفع الثمن . وإذا لم يدفع المشتري الثمن ، جاز للبائع إما مطالبة بالثمن وإما فسخ البيع طبقاً للقواعد العامة . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التقنين المدني السابق قبل قانون التسجيل (استئناف مخطط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النفق بأن عقد البيع هو من عقود التراضي التي تم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين ، وكل ما استحدثه قانون التسجيل من الأثر هو أن نقل الملكية بعد أن كان ، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق ، نتيجة لازمة لبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح مترافقاً إلى بعد حصول التسجيل . أما أحكام البيع الأخرى فلا تزال قائمة لم ينسخها قانون التسجيل ، فالبايع يبقى ملتزماً بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل ملكية المشتري ، كما يبقى المشتري ملتزماً بأداء الثمن ، إلى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب =

القانونى للبيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وبصلح أن يكون سبباً صحيحاً في التقادم الخمس قبل التقنين المدنى الجديد ، ويكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال ولو لم يسجل .

فنبحث إذن المسائل الثلاث الآتية : (١) البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع ، وما يتعلق بذلك من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع . (٢) وينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب البائع وفي جانب المشتري . (٣) وترتب عليه جميع آثاره بوصفه عقد بيع .

١٥٨ - البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل

الملكية - كلف بنقل هذا الالتزام : قدمنا أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولكنه ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لابد فيها من تدخل البائع الشخصي إذ لابد أن يكون مقراً بصدور البيع منه وإن يكون توقيعه مصدقاً عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري

= بينهما على التالى بمجرد ائتمار البيع (نفس مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة مصر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣) . وقفت أيضاً بأن عقد البيع، سواء كان مسجلاً أو غير مسجل، يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فإذا لم يتم البائع بتنفيذ هذا التمهيد أو لم يتمكن من القيام به ، واستحققت العين المبيعة أو نزع ملكيتها بسبب ترتب حق عيني عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد ، فإنه يجب عليه رد الحق مع التضمينات طبقاً لما تقتضيه المادتان ٣٠٠ و ٣٠٤ من القانون المدنى (السابق) . ولا يسقط حق الضمان عن البائع ، إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري المالك وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى سائط الخيار ، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة لإهماله تسجيل عقد شرائه ، مما يمكن دائن البائع الشخص من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً لقانون متيناً نقضه (نفس مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة مصر ١ رقم ٢٢٦ ص ١٠٤٩ - وانظر أيضاً نفس مدنى ١ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة مصر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ وسائر الأحكام المشار إليها في هذا المتن في الحاشية قبل السابقة - وكان هذا رأى قد استقر في القضاء المصرى قبل إنشاء محكمة النقض بحكم من محكمة استئناف مصر في دوايرها المجتمعة في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ٨ ص ٢٩٩) .

أو يطالب البائع ، تنفيذاً للالتزام الذى فى ذمته ، أن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . فإذا قام البائع بهذه الأعمال وانبنى على ذلك تسجيل العقد ، فقد نفذ التزامه بنقل الملكية . وانتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بالتسجيل . وإذا أنكر البائع صدور البيع منه ، أو امتنع عن الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على إمضائه ، أو أدخل بأية صورة أخرى بواجبه من القيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد (١) ، جاز للمشتري إجباره هو أو ورثته على القيام بذلك . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عيناً ونقل الملكية بالتسجيل ، وذلك عن طريق دعوى بين ابكرهما العمل وإقرارها القضاء منذ صدور قانون التسجيل : دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

٢٧٤ - دعوى صحة التعاقد هذه الدعوى لم يكن قانون التسجيل يشير إليها ، ولكن العمل ابتدعها (٢) تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد »

(١) كأن يكون البيع قد صدر شفويًا وامتنع البائع عن تحرير ورقة به تكون سالمة لتسجيل ، أو يكون البيع قد كتب على ورقة - أو على أوراق - امتنع البائع عن كتابته على النموذج المطبوع المخصص للتسجيل ، أو يكون البائع قد امتنع عن تسليم المستندات والشهادات اللازمة لتسجيل (الأستاذ ابن رشد سلطان فقرة ٢٨ ص ٢٠٣) .

(٢) ولم يتخلف القضاء المختلط عن القضاء الرطقي في إقرار دعوى صحة التعاقد ، فن أحكام محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى : استئناف مختلط ه فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٥ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٣ - ٩ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ .

ونقوم دعوى صحة التعاقد على الأساس القانوني الآتي : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاماً يتمكن المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عيناً وتسمع طبيعته أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني ، وقد نصت المادة ٢١٠ مدني على أنه « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام » . فدعوى صحة التعاقد إذن هي دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً في عقد =

منذ صدور هذا القانون ، ليوافق بها امتناع البيع عن التيمم بالأعمال الواجبة للتسجيل على النحو الذي قدمناه ، حتى لو كان معترفاً بصدور البيع منه (١) . فلو كان البائع منكرًا لبيع أو معترفًا به ، فهو مدعى ممتنع عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد استنطع المشتري إجباره على ذلك . بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه ، (action en réalisation, en constatation, de la vente) . فإذا ما صدر هذا الحكم جعل المشتري سنداً يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فهو سند رسمي أقوى من السند العرفي المصدق فيه على التوقيع ، وهو في الوقت ذاته يثبت - أكثر مما تثبت الورقة المكتوبة ولو كانت ورقة رسمية - وقوع البيع صحيحاً نافذاً . فيجوز إذن

== بيع صحيح نافذ . ويترتب على ذلك أنه إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن ، لم تقبل دعوى صحة التعاقد . فإذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتري ثان وسجل هذا التعاقد قبل أن يتسلم المشتري الأول من التسجيل ، أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن عيناً ، ومن ثم ترفض دعوى المشتري الأول على البائع بصحة التعاقد (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٦٦ ص ٣٦٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢١ . قارن الأستاذ جميل الشرفاوى ص ١٥٩ هامش رقم ٣) . ويرفض القضاء الحكم بصحة التعاقد إذا تبين من وقائع الدعوى أن تسجيل الحكم لن يجدي المشتري في نقل الملكية ، كما لو كان هناك من كسب هذه الملكية بسند يمتنع به في مواجهته رغم صدور الحكم لمصلحته ، كشر ثان سجل عقده قبل تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد ، إذ أن الحكم لمصلحة المشتري الأول وتسجيل هذا الحكم يصبح عديم الفائدة (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) . كذلك يجب رفض دعوى صحة التعاقد إذا اتضح أن التدخل فيها هو المالك الحقيقي للعقار ، لأن المشتري من غير المالك لا يجدي أن يصدر حكم بصحة تعاوده (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) . وقد سبقت الإشارة إليه - الأستاذ منصور مصطف منصور فقرة ٦٩ ص ١١٠) . وما يقطع أن دعوى صحة التعاقد ليست في حقيقتها إلا مطالبة المشتري للبائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عيانياً أن هذه الدعوى لا يرفعها البائع على المشتري ، وإنما يرفعها المشتري على البائع . أما الدعوى التي يرفعها البائع على المشتري فهي دعوى المطالبة بدفع الثمن ، لا دعوى صحة التعاقد .

(١) والمفروض طبعاً أن البيع غير مكتوب أصلاً أو مكتوب في ورقة عرفية . أما إذا كان مكتوباً في ورقة رسمية ، فلا حاجة للمشتري برفع دعوى صحة التعاقد ، لأن الورقة الرسمية قابلة للتسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع ، وذلك ما لم يمنع البائع عن تقديم المستندات التي تثبت أصل ملكيته .

للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع (١) ، ومنى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) .

وذلك بشرط أن يرفق المشتري بالحكم عند شهره المستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، لأن الحكم الصادر بصحة التعاقد لا يتعرض لأصل هذه الملكية . وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن صدور الحكم بصحة التعاقد لا ينعى المشتري من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع (٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) . ويقول الدكتور محمد شوقي في هذا الصدد : « سبق أن بينا أن كثيراً من المتعاملين كان يلجأ إلى دعوى صحة التعاقد لتهرب من إثبات ملكية المتصرف . فإذا ما طالبت الهيئة التي كانت تشرف على أعمال الشهر بما يفيد ملكية البائع ، رفع المشتري دعوى بصحة التعاقد واستصدر حكماً بذلك يقدم لأفلام الزهون ويسجل آلياً باعتباره حكماً واجب التنفيذ ، فننتقل بذلك ملكية العقار إليه دون بحث . صحيح أنه كان للمحكمة حق بحث هذه الملكية ، إنما كثيراً ما كان يحدث أن يغيب المدعى عليه وهو البائع أو يصر ويقر بصدور التعاقد منه ، فيصدر الحكم هذا الأساس ، وتنتفي الحكة من قانون سنة ١٩٢٣ الذي كان يتطلب دقة في البحث قبل تمكين أى شخص من التصرف . . . وقد فطن المشرع (قانون تنظيم الشهر العقاري) عندما قضى بشهر دعوى صحة التعاقد إلى سوء استعمال هذا الحق في الماضي ، فنص على أن صدور حكم بصحة التعاقد لا يعنى التسليم من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع . . . وقد كانت الأسباب التي سردناها داعية إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعاوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المهرات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها . (الشهر العقاري ص ١٩١ - ص ١٩٣) . ويقول الأستاذ محمد أبرشادى : « وإذا تمرد على المحكوم لصالحه في دعوى صحة التعاقد تقديم المستندات المثبتة لأصل الملكية نظراً لكونها في حوزة المارضهم الحكم ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بسؤال الملاك السابقين والمجاردين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به العقار . ثم يعمل إقرار بنتيجة هذا التحقيق ويحرر على ورق التسجيل المتموغ ويوضح به أصل الملكية ، على أن يوقع على هذا الإقرار من سياد لصالحه الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله (شهر الحقوق العقارية ص ١٢٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري أن يطلب تنفيذ ماتممه به البائع من نقل الملكية إليه ، وذلك عن طريق طلب الحكم بصحة عقد البيع توصلًا إلى تسجيل الحكم الذي يصدر له بما طلب ، والذي يحل في هذه الحالة محل العقد في التسجيل . فإذا ماتمت هذه الإجراءات أسحب مالكاً قانوناً قمتار المبيع ، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته إذا وجدت منازعة من البائع أو ورثته (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤) - والذي يسجل هو الحكم وحده ، ولا حاجة في تسجيل العقد معه ، إلا إذا كان الحكم قد أحال عليه فيسجل الحكم ومعه العقد باعتباره من ملحقات الحكم (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥١) ، وهذا بخلاف =

بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، حتى لا يكون المشتري تحت رحمة أثناء المدة الطويلة التي قد يستغرقها نظر الدعوى ، فيبادر البائع إلى التصرف في العقار لشخص آخر ويبادر هذا إلى تسجيل عقده قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد فلا تكون هناك جدوى من هذا الحكم . وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار (١) ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أي تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري (٢) . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى

= دعوى صحة التوقيع فيها يسجل المدعى وهو الأصل ومنه الحكم باعتباره من ملحقاته .
ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها العقار كالدعوى العينية ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه كالدعوى الشخصية (م ٢/٥٦ مرافعات - استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) .
(١) ويستطيع المشتري إلى جانب ذلك أن يطلب وضع العقار للبيع تحت الحراسة أثناء النزاع . وقد قضت محكمة النقض بأن من حق المشتري أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصي وأثر من آثار البيع الذي لا يحول دونه عدم حصول التسجيل ، ومن شأنه هذه الآثار أيضا أن تكون للمشتري - إذا ما خشي على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع ، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة ، إذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨) .
(٢) ليس هذا فحسب ، بل إن البيع الصادر من البائع إلى مشتري آخر إذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ في ذلك في حق المشتري الأول الذي رفع هذه الدعوى إلا إذا كان المشتري الآخر حسن النية ، ذلك أن حق المشتري الأول الذي سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا تتقدم حجب إلا في مواجهة الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ٢/١٧ قانون الشهر) . كذلك لا يحتج على المشتري الأول بتسجيل سابق لعقد صوري ، سواء كان هذا العقد الصوري لا وجود له أصلا (نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣) ، أو كان عند غيابه في صورة عقد بيع (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤) .
ويجوز للمشتري أن يحتج بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد من وقت حصول التسجيل ، حتى لو كان عند البائع له لم يسجل إلا بعد صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٥ ص ٤١١) .

استحقاق مالا كما سبق القول (١) ، فأدخلتها ضمن دعاوى الاستحقاق التي تسجل صحتها ويكون لتسجيلها الحجية التي قدمناها طبقاً للمادة السابعة من قانون التسجيل (٢) . وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤيداً للعمل وللنقض ، فنص سراحة في المادة ٢/١٥ كما رأينا على أنه : يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية (٣) . ورتب على تسجيلها ، كما جاء في المادة

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٩ .

(٢) نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٣ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥٩ ص ٤٩٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٣ ص ٥٨٧ .

(٣) ولا يجوز تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد إلا بعد إعلانها وقيدها بمجدول المحكة (م ١٥ قانون الشهر) ، ولا يكن التأشير من مصلحة المساحة على صحيفة الدعوى (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام للنقض ٣ رقم ١٥٦ ص ١٠٤٢) . والعبرة في تحديد الأرض المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هي ما ورد من ذلك في العقد الذي يمت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد في صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٦ ص ٢٣٣) .

على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية قبل التأشير بالحكم الصادر فيها (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٤٧٦) . ولما كانت محكمة النقض لا تأخذ بالأثر الرجعي للتسجيل ، فقد رتب على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية فيما يأتي : (١) رفض دعوى شفعة رفعها مشتر لم يسجل عند مشتراه للعقار المشفوع به وإن كان قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢) . (ب) سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بمضي أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع لا من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٢٠٩) . (ج) في صدد المفاضلة بين أي المالكين ، أرض الشفع أو أرض المشتري ، تعود عليه منفعة أكثر ، يسقط اعتبار الشفع مالكا لجزء من الأطنان التي يشفع بها على أساس مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) - فانمحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد بمقتضى على حماية رافع الدعوى من الحقوق التي تقرر على العقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئناف مصر ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢١٣ - الاستاذ محمد كمال م. من شهر " سرفات فقرة ١٤٩ ص ٢٣٠) .

٢١/١٧ ، أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى .

ولما كانت دعوى صحة التعاقد الغرض منها ثبوت أن عقد البيع قد صدر من البائع صحيحاً نافذاً ، وأن هذا العقد لا يزال صحيحاً نافذاً وقت صدور الحكم (١) ، فانه يجوز للبائع أن يتقدم في هذه الدعوى بأى دفع يتعارض مع ذلك . فيجوز له إذن أن يدفع الدعوى بصورية البيع ، أو ببطالانه لانعدام التراضى أو لاستحالة المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لغير ذلك من أسباب البطلان (٢) . ويجوز له أن يرفع دعوى مربية بابطال البيع لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو لنقص فى الأهلية . ويجوز له أن يدفع بانفساخ البيع أو عدم نفاذه ، لتحقيق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف أو لاستحالة التنفيذ أو لغير ذلك من أسباب الانفساخ أو لعدم النفاذ (٣) . ويجوز له أخيراً

(١) لذلك يقع على المشتري عبء إثبات صدور عقد البيع من البائع . ولما كان البيع تصرفاً قانونياً ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالفرائض إلا إذا كان الثمن لا يزيد على عشر جنميات . والغالب أن يقدم المشتري ورقة عرفية بالبيع عليها توقيع من البائع غير مصدق عليه ، فتسح المحال عندئذ البائع فى أن يظن فى هذه الورقة بالتزوير أو بالبطلان أو بالإبطال أو بالانفساخ أو بالانفساخ أو بغير ذلك من أوجه الطعن

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التى يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانهقاده ، وما يجزىه قاضى الموضوع من هذا التثبت فى دعوى صحة التعاقد يجب عليه أن يورده فى أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لا يغير أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، ويمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بمحتها فى الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بشيوس حصول البيع بين عرفية وبالترجيح بتمجيل الحكم ليقوم مقام العقد فى نقل الملكية مجهلاً فيه ركن الثمن المقول بأن البيع ثم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً بأسبابه متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٤) .

(٣) ومن أسباب عدم نفاذ البيع الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فإذا لم يتم المشتري بالتزامه من دفع الثمن ورفع مع ذلك على البائع دعوى بصحة التعاقد ، جاز للبائع أن يدفع هذه الدعوى بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن فتتوقف عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وفقاً لقواعد الضرورة فى الدفع بعدم التنفيذ (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤٧ ص ٤٤١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٧ ص ٧٨٩ - الأحدث بمبدأ التنازع مبدأ فى فترة ٩٥ ص ١٤٠ - الأحدث منصور منصور بقرة ٦٩ ص ١٠٩) .

أن يرفع دعوى فرعية بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزاماته (١) .

= ومن أسباب إبطال البيع صدوره من مجبور عليه دون أن تلحقه الإجازة ، فلا بد أن تثبت الحالة مما إذا كان البيع في هذه الحالة قد أجبر أو بن دون إجازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري برفع دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، ورثة البائع المحجور عنه ، قد أجازوا بعد وفاته مما يترتب عليه نفاذ العقد الصادر من القيم ولو لم يأذن به المجلس الحسبي ، فلا يعرض للحكم لهذا الدفاع ، ويقضى برفض الدعوى وبناء على أن المحجور عليه كان قد توفى في الوقت الذي صدر فيه إذن المجلس الحسبي ، فإن الحكم يكون قاسراً للتسبب متعيناً نقضه (نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٩ ص ١٢٥) .

(١) أما إذا كان البيع منفسخاً فلا حاجة لرفع دعوى فرعية ، ويمكن دفع الدعوى الأصلية بأن البيع منفسخ . كذلك يمكن الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته ، فيتعين عندئذ على المحكمة أن تبحث أمر قيام المشتري بالتزاماته حتى يكون له الحق في طلب الحكم بصحة البيع ونفاذه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أساس دعوى صحة التعاقد حصول البيع واستناع البائع من تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبراً على البائع ، وذلك بالحكم بأن البيع الذي صدر فيه صحيح وبأنه واجب النفاذ عليه وبالإذن في تسجيل الحكم توصلًا لا انتقال الملكية ، فهي بحكم هذا الأساس وتلك الطلبات تستلزم قانوناً من القاضي أن يفصل في أمر صحة البيع ، ثم يفصل أيضاً في أمر استناع البائع من تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر في هذا الاستناع . وإذا كان من الأضرار الشرعية لعدم وفاء المتعاقدين بالتزامه في العقود التبادلية أن يكون المتعاقدين الآخرين يوفون بالتزامه ، فإن هذا يستلزم النظر في أمر قيام المشتري بتنفيذ التزاماته هو ، حتى يكون أو لا يكون له الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته . وإذا كان محل هذه الأمور يتحتم أن يتعرض لها القاضي للفصل في الدعوى ، فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مقيداً بذات صحة التعاقد فحسب . وكذلك لا يصح القول بأنه على البائع رفع دعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المطروحة عليه بصحة التعاقد ، إذ استكمال الحق كما يكون في صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون ضرورة دفع في دعوى مرفوعة عليه ، (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٩ ص ٤٣٤) .

وإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه ، ورفع على البائع دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، وجب رفض الدعوى ، لا لأن بيع ملك الغير هنا قابل للإبطال إذ الإبطال من حق المشتري وحده وهو الذي يرفع الدعوى بصحة التعاقد فيكون رفعه لدعوى إجازة العقد ، ولكن لأن هذا البيع غير نافذ في نقل الملكية للمشتري ، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به فيها نقل الملكية ، ويستوى في ذلك أن يتدخل المالك الحقيقي في الدعوى أو لا يتدخل (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥٠ - ص ١٥١ - وانظر في حالة تدخل المالك الحقيقي : نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧ ص ١٠٤٦) . فيجوز إذن للمالك الحقيقي أن يتدخل في دعوى صحة التعاقد ويدفع الدعوى بأن البائع ليس هو المالك ، فلا يسوغ وقف الدعوى حتى يفصل في الملكية ، بل يجب الفصل في الملكية =

ونتقدم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ،
شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى (١) .

وكما يجوز للمشتري رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضاً أن يرفعها
على وارث البائع بعد موت البائع ، باعتبار أن الوارث يمثل التركة وأن التزام
البائع بنقل الملكية باق بعد موت البائع في تركته . ومن ثم لا يجوز لوارث البائع
أن يحتج على المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث (٢) ، ويجوز

= في الدعوى ذاتها (نفقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧
ص ١٠٤٦) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بأنه يملك العقار بالتقادم
الطويل ، وجب رفض دعوى صحة التعاقد (نفقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة
أحكام النقض ٤ رقم ٣ ص ١١) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بملكيت
هو للعقار المبيع ، تعين على المحكمة المنظور أمامها الدعوى الفصل في ذلك ، إذ أن الحكم بصحة
التعاقد يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع (نفقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥
مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٦ ص ١٦٢٤) . وقد يكون المالك الحقيقي شخصاً صدر له
عقد من البائع وسجل قبل أن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، فيجب في هذه الحالة
رفض دعوى صحة التعاقد متى كان المشتري الذي سجل أولاً حسن النية (نفقض مدني ١٧ ديسمبر
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) .

(١) غير أنه إذا تسلّم المشتري العقار من البائع ، فن الجائز أن يكون قد تملكه بالتقادم
الطويل مدة خمس عشرة سنة . وإذا فرض أن هذه المدة لم تنقض منذ تسلّم المشتري
للعقار ، ولكنها انقضت منذ صدور البيع ، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم وذلك
بالرغم من تسلّم المشتري للعقار ؟ الظاهر أنه يمكن اعتبار تسلّم المشتري للعقار قاطعاً لمدة التقادم
المسقط ، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد إذا كان المشتري قد تسلّم العقار قبل انقضاء خمس
عشرة من وقت صدور البيع (انظر في هذا المعنى الدكتور محمود شوقي في الشهر العقاري علماً
ومعلاً ص ٢٠٠) .

(٢) نفقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ - كذلك
لا يجوز لدائن تركة البائع أن يتمسكوا عند المشتري بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل
الوفاء بتمهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائنه للعادي أن يدعى في مواجهة المشتري أى حق
على العقار المبيع يقتضي مع تمهده البائع ، ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار
أنه كان مملوكاً للورث وقت وفاته ، خصوصاً إذا كان المشتري قد سجل حكماً صدر له
على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ (نفقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة
عمر ٤ رقم ١٠٥ ص ٢٦٩) .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد على المتقاسمين مع البائع قسمة أفرزت المبيع (نفقض مدني
٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

١. المشتري أن يرفع دعوى صحة البائع أو على وارثه . على الوجه الذي

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع عقده لم يسجل . فالمشتري أن يدفع
باسم البائع له دعوى صحة التعاقد على البائع ، حتى يتمكن - بعد تسجيل
الدعوى والتأشير بالحكم - أن يسجل عقد البيع الصادر له من البائع أو أن
يحصل على حكم بصحة التعاقد الصادر له هو من البائع (٢) .

(١) نفق مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٥ ص ٢٠٦ وقد سبق
الإشارة إليه . فقد استأجرت محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لعقار صحة ونفاذ البيع الذي
عقده مورثه . حمل موضوع الدعوى في جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذا مثل هذه الدعوى
التي يصعد منها أن تكون دعوى استحقاق مآلا يعتبر في الأصل قابلا للتجزئة لكل وارث
أن يطالب بحصته في المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة
لطبيعته أو لمفهوم قصد المتعاقدين (نفق مدني أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض
٢ رقم ٧٣ ص ٢٩٤) . ولكن يبدو أن البائع في هذه الحالة أن يدفع دعوى أحد الورثة بعدم
جواز تفرق الصفقة ، فيطلب تنفيذ البيع بأكمله ويتقاضى كل النمن من التركة . وقضت محكمة
النقض أيضاً بأنه يجوز تقرير عدم التجزئة بإرادة المتبايعين ، فإذا اشترى شخص قطعت أرض
متفصلتين الواحدة عن الأخرى بعقد بيع واحد ، وتهد بوفاء دين فقرة مما ينتج من فئز الثانية ،
وانقضت رغبة البائع في التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعت الأرض على الراء لمشتري
واحد يكر من باقي فئز إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن ، وجب رفض الحكم بصحة
ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين لعدم القابلية لتجزئة (نفق مدني ٢٢ مارس
سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

هذا ويجوز لدائني المشتري رفع دعوى صحة التعاقد باسم المشتري مدينهم إذا أهل هذا
في رفقها (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٢١ ص ٧٦٠) .

(٢) نفق مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٩ ص ٣١٧ - ٢٠ أبريل
سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٧ -
الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٢١ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١) . وقضت محكمة النقض
بأن المشتري من مشتري لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصل بالتوقيع له على عقد
صالح للتسجيل إذ هو لم يتعاقد معه ، بل كل ماله - حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله -
هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نفق مدني ١٦ أبريل
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) - وإذا رفع المشتري الدعوى على
كل من البائع والبائع للبائع ، فصل في الدعوى في صحة العقدين ، العقد الصادر من بائع البائع
البائع والمقدد البائع من البائع للمشتري ، كما أن كل الحقوق التي كسبها البائع من بانه تتنقل
إلى المشتري - (نفق مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ ص ٣٠١) .

٢٧٥ - دعوى صحة التوقيع : على أن المشتري قد يكون في بده

ورقة عرفية بالبيع موقعة من البائع بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويمتنع البائع مع ذلك من الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل . وقد قدمنا أن للمشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يرفع دعوى صحة التعاقد ، فيصل بها إلى الحكم بصحة ونفاذ البيع على النحو الذي قدمناه . إلا أنه قد يقع في هذه الحالة بدعوى أكثر يسراً ، ولكنها أقل شأنًا ، وهي دعوى صحة التوقيع . وقد استعار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة في تقنين المرافعات .

فيجوز للمشتري أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هي بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويكون ذلك بدعوى أسلية بالإجراءات المعتادة للدعوى . فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلى سواه ، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع ، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشتري . أما إذا لم يحضر البائع ، حكمت المحكمة في غيبته بصحة التوقيع ، ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في جميع الأحوال . وإذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسبته إلى سواه ، اتخذت المحكمة الإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في المواد ٢٦٢ - ٢٧٦ لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة (أنظر المواد ٢٧٧ - ٢٨٠ مرافعات) . ومنى صدر الحكم بصحة التوقيع ، سواء باقرار البائع أو بعد التحقيق ، اعتبرت ورقة البيع العرفية هي والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الإمضاء ، فإذا سجلها انتقلت الملكية إلى المشتري (١) .

(١) مع ملاحظة أن يرفق المشتري هذين السدين بالمستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، كما هو الأمر في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد .

وقد جرى المتاملون على رفع دعوى صحة التوقيع في عهد قانون التسجيل ، وكثيراً ما كانت تشمل هذه الدعوى للاغتصاب ، فيتواطأ شخصان على كتابة ورقة عرفية يبيع فيها أحدهما للآخر حقاراً مملوكاً لذير ، ثم يرفع المشتري على البائع دعوى صحة التوقيع ، فيقر البائع بصحة تربيته أو ينيب ، فيحصل المشتري على حكم بصحة التوقيع يسجله مع عقد البيع العرفي . ومن أجل ذلك لم يذكر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع من بين الدعاوى التي تسجل صحتها ، =

ولما كان الفرض من دعوى صحة التوقيع هو مجرد ثبوت أن التوقيع المرفوع على ورقة البيع هو توقيع البائع، فإنه لا تجوز المناقشة في هذه الدعوى في أمر صحة التعاقد ونفاذه كما هو الأمر في دعوى صحة التعاقد فيما قلنا . فلا يطلب من المشتري إلا إثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية ، ولا يجوز للبائع بعد أن تثبت صحة توقيعه أن يظن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو أنه قد انسخ أو أن هناك محلا لنسخه أو أنه غير نافذ لأي سبب من الأسباب (١) ، فكل هذه مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع بها ، ومحل

= ويقول الدكتور محمد شوق في هذا الصدد : « وقد كانت الأسباب التي سبق أن سردناها دافعة إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها . وعلى ذلك فقد امتنت مكاتب الشهر من شهر أي حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ، حتى ولو كانت الدعوى قد أقيمت قبل ذلك التاريخ إذ كان من الميسور تقديم فيها تعديل طلبه إلى صحة التعاقد الصادر إليه إن كان جاداً في دعواه » (الشهر العقاري علماً ومعلماً ص ١٩٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : « كما أن النص (م ١٥) قد استبعد من المحررات الواجب شهرها دعوى صحة التوقيع » . وأنظر أيضاً الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

ومهما يكن من أمر فإن دعوى صحة التوقيع كانت مألوفة في عهد قانون التسجيل كما قدمنا . ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من رفعها حتى الآن ، ولكنها إذا رفعت لم يجز تسجيل صحتها ويعارض مكتب الشهر وتسجيل الحكم الصادر فيها . ولكن إذا سجل هذا الحكم مع ورقة البيع العرفية ، كان هذا بمثابة تسجيل عقد البيع ، وانتقلت الملكية للمشتري . وقد قصت محكمة النقض بأنه لما كان الفرض من دعوى صحة التوقيع إنما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فإن هذه الدعوى لا يفيد تسجيلها شيئاً ، بل لابد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ التسجيل (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢ - وأنظر أيضاً : نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمهما سواء من حيث أثر تسجيل الحكم الصادر في كل منهما ، وإذن فالعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ التسجيل بمثابة العقد المسجل (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٤ ص ٧٢٣ - وأنظر أيضاً احتشاف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٤٦ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٦ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٧٠) .

(١) غارن محكمة استئناف لسيوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٩٥ (حيث أجازت في دعوى صحة التوقيع أن يدفعها البائع بأن المشتري لم يدفع الثمن المستحق) .

بأنها يكون في دعوى صحة التعاقد كما سبق القول . ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يستفاد منه غير أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فلا يفيد هذا الحكم أن البائع صحيح نافذ . ومن ثم كان تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع غير مانع للبائع بعد ذلك من الطعن فيه بجمع الطعون المتقدمة الذكر في دعوى مستقلة يرفعها على المشتري (١) .

وتتقدم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى ، فيسقط حق المشتري في إثبات صحة التوقيع . يؤيد ذلك ما ورد في المادة ٢٧٦ مرافعات من أنه « إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أو ب جلسة » .

وكما يجوز للمشتري رفع دعوى صحة التوقيع على البائع ، يجوز له أيضاً رفعها على وارث البائع إذا كان البائع قد مات . غير أنه إذا أنكر وارث البائع توقيع مورثه على ورقة البيع وانكر خط مورثه في الورقة كلها ، لم يعد المشتري يستطيع أن يقدم لإثبات صحة التوقيع من أوراق المضاهاة إلا خط البائع أو امضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه الموضوع على أوراق رسمية . ذلك أن المادة ٢٦٩ مرافعات تنص على أنه « لا يقبل المضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا : (١) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على أوراق رسمية . (٢) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من الورقة المقتضى تحقيقها . (٣) خطه أو امضاءه أو بصمة أصبعه الذي يكتفى أمام القاضي » . وبعد موت البائع لم يعد ممكناً استكتابها ، ولم يعد ممكناً صدور اعتراف منه بجزء من ورقة البيع وقد أنكرها الوارث كلها ، فلا يبقى للمضاهاة إلا الأوراق الرسمية الموضوع فيها خط البائع أو توقيعها إذا وجدت هذه الأوراق . ويجوز لو ارث المشتري أن يرفع دعوى صحة التوقيع على البائع أو على وارثه ، على الوجه الذي قدمناه .

(١) نفس مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض رقم ٢٦٦ ص ٨٤٩ —
١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ١١٠ ص ٦٤٠ .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع لم يسجل عقده ، فالظاهر أن هذا الأمر يتعلق بصحة أصل ملكية البائع ، فلا يجوز للمشتري أن يكتفى برفع دعوى صحة التوقيع على البائع للبائع باسم البائع ، بل يجب أن يرفع عليه باسم البائع دعوى صحة التعاقد على الوجه الذى أسلفناه (١) .

وبمخلص مما قدمناه أن هناك فروقا جوهرية بين دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع نتلخص فيما يأتى :

(١) المطلوب فى دعوى صحة التعاقد هو إثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم ، أما المطلوب فى دعوى صحة التوقيع فهو مجرد إثبات أن التوقيع الذى تحمله ورقة البيع المرفوعة هو توقيع البائع .

(٢) ويترتب على ذلك أن البائع فى دعوى صحة التعاقد يستطيع أن يظن فى البيع بالبطلان أو الإبطال أو الفسخ أو الانقضاء أو عدم النفاذ لأى سبب ، ولا يستطيع ذلك فى دعوى صحة التوقيع .

(٣) ويترتب على ذلك أيضاً أن الحكم بصحة التعاقد يجعل البيع فى مأمن من أن يظن فيه فيما بعد بالطعون المتقدمة ذكرها ، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن فى البيع بجميع أوجه الطعون المتقدمة الذكر .

(٤) ويجوز للمشتري أن يرفع باسم البائع على البائع دعوى صحة التعاقد ، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع .

(٥) وهناك أخيراً غرق هام يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى . فقد رأينا أن دعوى صحة التعاقد تسجل بصحيفة ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف فى العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأشربه المشتري على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، أصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ فى حق المشتري . أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التى تسجل بصحيفة ، وإذا سجلت فلايس لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاستعجال بتصرف صادر من البائع . والمبررة فيها بصدور

حكم بصحة التوقيع وتسجيل الورقة العرفية مع هذا الحكم ، ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ في حق المشتري أى تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشتري لهذه مصحوباً بالحكم (١) . غاماً تصرف البائع مستمر

(١) وقد قضت النفس في عهد قانون التسجيل بأن دعوى صحة العقد هي دعوى موسومة بتسبب على حقيقة التعاقد ، فتناول محله ومداه ونفاذه . وإلحاح الذي يصر فيها يكون مقررأ لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين . بعد -أ- مع إلى الرجوع إلى الورقة التي أثبت فيها التعاقد أولا . وهي ماهيتها هذه تعتبر دعوى استحقاق مآلا ، وتدخل ضمن الدعاوى الواردة ذكرها في المادة السابقة من دواول التسجيل . أما دعوى صحة التوقيع فهي دعوى تختصبة شرعت لتطمين من بيده سند عرقى على آخر إلى أن الموقع على هذا السند لن يستطيع - بعد صدور الحكم بصحة توقيعه - أن ينزع في صحت . وهي ، بالتعرض الذي شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها في قانون المرافعات ، يمنع على انقاضي فيها أن يتعرض كصرفت المدون في الورقة من جهة صحت أو بطلانه أو نفاذه أو توثقه وتقرير الحقوق المترتبة عليه . فالحكم الصادر فيها لا يصلح إلا على التوقيع للموقع به على الورقة . ولئن كان يجوز تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه من الملحقات المكللة لعقد البيع بشرط أن يكون هذا العقد مسجولاً مسبقاً بالطبقة في المادة السابقة من قانون التسجيل ، وبشرط أن تراعى المحكمة عند الحكم بصحة التوقيع أحكام القانون رقم لسنة ١٩٢٨ ، إلا أن هذا التسجيل لا يذو أثره الأثر لتسجيل العقد العرقى الصديق من أحد الموظفين أو المأمورين العموميين طبقاً لمادة السادسة من قانون التحيل غير الإنعصافات التوقيع ما عليه . ولذلك فإنه ليس لصاحبه به وجه أصلي إلا من تاريخ التحيل من غير أن يكون أنه أو رجعي مبتدئ من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع . وإذن فدعوى صحة التوقيع موسومة ماهيتها ، لا تدخل ضمن الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة المذكورة ، وبالتالي لا تسجيل صحيفتها لا يترتب عليه ما يترتب على تسجيل غيرها من تلك الدعاوى (نفاذ عدد ١١ فبراير سنة ١٩٣٩ بمجموعة ممر ١ رقم ١٢٧ من ٥١٢) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التنازل دون دعوى صحة التوقيع على التي تعتبر من دعاوى الاستحقاق المنصوص في المادة السابعة من قانون التسجيل ، على أن تعديل صحتها يحفظ لرافعها حقوقه ، حتى إذا حكم له فيها بطلانها ، وتأثير هذا الحكم وفقاً للقانون ، فإن الحكم يسحب أثره إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون هذا التسجيل نافذاً على تسجيل لاحق له . أما دعوى صحة التوقيع فلا بد أن تكون دعوى تهمية التوقيع فيها المعلن من يكون بطلان سند عرفي إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بطلان توقيعه أن يراجع في التوقيع . وعلى هذا الغرض الذي شرحت له وبالإجراءات المذكورة لما يتبع على التنازل فيها أن يتعرض لتصرف المدعى في السند من بطلان صحته وعدم دونه ، فالحكم الصادر فيها لا يمسح إلا على التوقيع فقط ، وبذلك فهي لا تعد على نفس دعوى الاستحقاق السابقة الذكر ، بل على في تكييف الدعوى على من تعدى في دعوى الاستحقاق على ما لم يجر له تعديل في صحتها من كونها الحازمة القائمة بين الطرفين ، بل على التنازل الغرض المعلن من دعواه ، فلو أن الدعوى التهمية

آخر بعد رفع دعوى صحة التوقيع ، بل بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى إذا أمكن ذلك (١) . يسجل المشتري الآخر قبل أن يسجل المشتري الأول عقد البيع له مصححاً بالحكم بصحة التوقيع ، فإن المشتري الآخر هو الذى يفضل على المشتري الأول (٢) .

من أجل هذه المربة الأخيرة فى دعوى صحة التعاقد ، وهى إمكان الاحتجاج

= رعبها المشتري وسجل صحيفتها قد أثبت راسماً على صاحب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع . وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفى أثناء نظرها قام النزاع على المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشتري الثانى ، وفصلت المحكمة فى الدعوى بأن فصلت بين هذين التسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يتفق وما كان يرى إليه المشتري الثانى من تدخله فى الدعوى — إذا كان ذلك ، فإن جريان الحكم فى منطوقه بالنقض بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد ، فإن أسبابه فى الظروف والمخالفات التى صدر فيها تدل على أن الفرض الحقيقى من الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد . وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير فى هذه الحقيقة ، إذ المبرة هى بما رى إليه الخصوم فى دعواهم وبالطريق الذى سبروها فيه وانتهى إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كانت دعوى صحة التوقيع — سواء كان سنداً قانون المرافعات أو قانون التسجيل — لا تعد أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصداقاً عليه تمهيداً لتسجيله ، فىس وتلك طبيعتها دعوى شخص . تندرج ضمن النعوى المدنية المدنية التى نصت عليها المادة السابقة من القانون المذكور ولا تأخذ حكمها . فالقول بوحدة الأساس القانونى لهذه الدعوى ودعوى صحة التعاقد التى تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وإن صلح مبرراً للتسوية بينهما فى جيل الحكم الصادر فبهما أداة صالحة لتسجيل العقد وما يترتب عليه من أثر أصيل ، لا يبرر التسوية بينهما فى أثر استثنائى منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع (نقض ص ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١٢ ص ٦١٦) .

(١) كان هذا ممكناً فى عهد قانون التسجيل ، وإليه أشارت محكمة النقض فى الحكم الملخص فى الحاشية السابقة (نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) ، إذ نقول المحكمة فى صدر تسجيل الحكم بصحة التوقيع أن ليس لهذا التسجيل أثر رجعى مدنى من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع .

(٢) لكن إذا سجل المشتري عقد البيع الصادر له مصححاً بالحكم بصحة التوقيع ، ثم باع عقاره إلى مشتر ثان سجل عقد شرائه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعوى التصحیح التى رفضها المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى وقد سبق إلى التسجيل لا يحتج عليه بالحكم الصادر فى دعوى التصحیح ما دامت صحيفة هذه الدعوى قد سجلت بعد أن سجل المشتري الثانى عقده (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) .

بتسجيل صحيفة الدعوى فيها ، تضاف إليها أيضاً مزية أن الحكم بصحة التعاقد يصنى جميع أوجه النزاع في شأن عقد البيع ويكون الحكم حجة قاطعة على أن البيع صحيح نافذ ، غلبت دعوى صحة التعاقد في التعامل على دعوى صحة التوقيع (١) ، بالرغم مما في هذه الدعوى الأخيرة من بسر في الاثبات ونجس للدفع التي وأبناها في دعوى صحة التعاقد . وبالرغم من أن الرسم المقرر على دعوى صحة التوقيع (٢) أقل من الرسم السبي على دعوى صحة التعاقد .

٢٧٦ - البيع غير المسجل بفسخ ، جميع الالتزامات الأخرى

في جانب البائع وفي جانب المشتري : وإلى جانب الالتزام بنقل الملكية بفسخ البيع غير المسجل جميع الالتزامات الأخرى في جانب كل من البائع والمشتري . فينشئ في جانب الدائع إما بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

فيلتزم البائع ، بموجب البيع غير المسجل . بتسليم المبيع إلى المشتري . ويجوز للمشتري أن يجبره على تسليم المبيع حتى ولو سجل عقد البيع . وإذا سلم المشتري المبيع ، وهلك في يده قبل تسجيل عقد البيع ، فإنه يهلك عليه مع أنه غير مالك ، ولا يهلك على البائع بالرغم من أنه لا يزال مالكا (٣) . ذلك أن نبعة هلاك المبيع تدور مع التسليم إلى المشتري ولا تدور مع انتقال الملكية كما سنرى ، فإن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ولو كان البيع مسجلا فانتقلت الملكية إلى المشتري ، ويهلك على المشتري بعد التسليم ولو كان البيع غير مسجل فلم يصبح المشتري مالكا .

(١) وهذا في عهد قانون التسجيل ، أما قانون الشهر العقاري فقد قدّمنا أنه استبعد صحيفة هذه الدعوى من بين المحررات الواجب شهرها ، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أى حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ (انظر آتفا نفس هذه الفقرة في الحاشية) .

(٢) الرسم المقرر في دعوى صحة التوقيع هو خمسة جنيهات في القضايا الكافية وبسببان في القضايا الجزئية .

(٣) الأستاذ عبد النعم البدراوى فقرة ٢٢٧ ص ٢٤١ .

ويضمن البائع للمشتري ، بموجب البيع غير المسجل ، التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق . كما يضمن كل ذلك بالبيع المسجل (١) . فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشتري الثاني للعقار . وإذا نفذ دائن البائع على العقار المبيع وسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ضمن البائع يستطيع أن يحتج بأن المشتري قد قصر في عدم تسجيل البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . وذلك أن سبب التعرض آت من جهة البائع إذ دائنه هو الذي ينفذ على العقار (٢) .

ويضمن البائع للمشتري أخيراً ، بموجب البيع غير المسجل . العيوب الخفية في المبيع . وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع ، حتى قبل أن يتسلم المبيع ، وحتى قبل أن يسجل عقد البيع ، على التفصيل الذي سنسطه عند الكلام في ضمان العيوب الخفية .

وينشئ البيع غير المسجل في جانب المشتري التزاماً بدفع الثمن والمصروفات

(١) نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ . ولكن البائع إذا امتنع عن تسليم العقار للمشتري ، وأظهر نيته في وضوح أنه يضع يده عليه بنية تملكه ، وسكت المشتري عن المطالبة بالتسليم ، فلا يعتبر تعرضاً من البائع مضموناً عليه أن يبقى حائزاً للعقار بنية تملكه بالتقادم الطويل . فإذا بقى البائع حائزاً للعقار بنية تملكه حرة عشرة سنة ملكه بالتقادم ، ولا يتعارض ذلك مع ضمان البائع للتعرض فإنه يملك العقار بسبب آخر مشروع . وسنبين ذلك تفصيلاً عند الكلام في ضمان التعرض ، ونكتفي هنا بملاحظة أن هذا الحكم صحيح حتى لو بقى البائع واضماً بدعوى العقار المبيع والبيع لم يسجل . ولا يعترض على ذلك بأن البائع إنما يكون حائزاً للملكة إذ البيع لم يسجل فلا يتصور أن يملكه بالتقادم ، ذلك أن المشتري إذا سجل البيع بعد ذلك اعتبر مملوكاً له - فيما رى - منذ صدور البيع لا من وقت التسجيل ، فيكون البائع قد حاز عقاراً غير مملوك له منذ البداية .

(٢) ولكن يجوز للبائع بمقد غير مسجل أن يطلبه تثبيت ملكيته في العقار المبيع ضد من ينازعه فيه هذا المشتري ، الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بموجب الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٢ ص ٢٧٦)

والزاماً بتسلم المبيع . فيستطيع البائع ، ولو قبل تسجيل البيع ، أن يطالبه بتنفيذ
مكل هذه الالتزامات على النحو الذى سنبينه فى موضعه (١) .

٢٧٧ - البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره بوصفه بيعاً : وإلى جانب
الالتزامات التى ينشأ البيع فى جانب كل من البائع المشتري ، فإن البيع بوصفه
عقد بيع ترتب عليه آثار معينة ، من أهمها أنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأنه
يكون سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى قبل التقنين المدنى الجديد ، وأن البيع صادر
من غير المالك يكون بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . وهذه الآثار جبرية ،
كما ترتب على البيع المسجل ، ترتب كذلك على البيع غير المسجل ، فإن التسجيل
لا يعتد به وجوداً أو عدماً فى ترتيب البيع لهذه الآثار .

فالباع غير المسجل يأخذ فيه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له من
آخر ، ولم يسجل المشتري البيع ، فإن الشفيع يستطيع أن يأخذ العقار المباع
بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل . وتسرى مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل .
فإذا صدر إنذار رسمى من البائع أو من المشتري إلى الشفيع (م ٩٤٠ - ٩٤١ مدنى) ،
وجب على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فى الأخذ بها فى خلال
خمس عشرة يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى (م ٩٤٠ مدنى) ولو كان هذا البيع
لم يسجل . وكذلك يجب على الشفيع ، فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان
الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولو لم يسجل البيع ، إيداع كل الثمن الحقيقى الذى
حصل به بيع العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وقبدها
بالجدول . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوائرها المجتمعة ، فى عهد
قانون التسجيل ، بأن هذا القانون لم يمتح . بإدعاء القانونية العامة ولا شيئاً من
أحكام الشفعة ، فعليه فإن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم العلم بالبيع (٢) لا يمكن
تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، لما
فى ذلك من الضرر على المشتري الذى يضل راساً مهدداً بالشفعة ، وإذن يسقط

(١) نفس مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ - ٢٠ سوبر

سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٠ .

(٢) من العلم المدنى الجديد من يوم الإنذار الرسمى بالبيع .

حق الشفع بسكوته مدة خمس عشر يوماً من يوم العلم بالبيع (١) ، لا من يوم التسجيل (٢) .

والبيع غير المسجل ، قبل التقين المدنى الجديد ، يصلح سبباً صحيحاً فى التقادم الخمس (٣) . فاذا اشترى شخص ما من غير المالك ، ولو كان حسن النية ، يعتقد وقت صدور البيع أنه اشترى من المالك ، وحاز العقار خمس سنوات ،

(١) من يوم الإنذار الرسمى بالبيع فى التقين المدنى الجديد .

(٢) استئناف مصر الدوائر الخمسة ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٢٩ -
المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥
مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٨
ص ٥٠٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٤ مارس
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - استئناف مخطط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ .
م ٤١ ص ١٩٦ .

وغنى عن البيان أنه إذا وجد نص يجعل الميعاد يسرى من وقت التسجيل ، كما فى سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة بأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨ مدنى) ، فإن النص يكون واجب التطبيق فى الحالة التى ورد فيها بالذات .

ولا يترك أن البيع غير المسجل يكون يوماً هذا الوصف فى الشفعة ، أن الشفع إذا لم يسجل الرغبة فى الأخذ بالشفعة قبل أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثان ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، حتى لو لم يسجل أى من المشتري الأول أو المشتري الثانى عقده . فالعبرة فى الشفعة بالبيع ، ولا ضرورة لتسجيله ، فهذا بيع أول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفع بالشفعة ، ثم تلاه بيع ثان غير مسجل أيضاً هو الذى يأخذ فيه الشفع بالشفعة . وليس للشفع أن يمتنع بعدم تسجيل البيع الأول وبأن حقه فى الأخذ بالشفعة لا يزال باقياً فى هذا البيع ما دام لم يسجل ، فإن هذا البيع الأول قد نسخ به البيع الثانى ولو لم يسجل اليمين (انظر المادة ٩٣٨ مدنى ونقول : إذا اشترى شخص مينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تنسأ به رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يسجل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها .

هذا وإذا كان غير ضرورى أن يسجل بيع العقار المشفوع فيه للأخذ بالشفعة ، فمن الضروري تسجيل بيع العقار المشفوع به ، فإن الشفع لابد أن يكون مالكا للعقار المشفوع به حتى يستطيع التمسك بالشفعة ، وهو لا يملك هذا العقار إذا كان قد اشتراه إلا بتسجيل عقد شرائه . وسرى فيما بعد — انظر فقرة ٢٨٤ — أن الشفع إذا كان يشفع بمقار ولم يكن قد سجل سنة قبل الأخذ بالشفعة ثم سجله بعد ذلك ، فإن الأثر الرجعى لتسجيل يحمل الأخذ بالشفعة صحيحاً . ولكن القضاء والفقه لا يأخذان بالأثر الرجعى لتسجيل حل ما سببه ، ومن ثم فالأخذ بالشفعة عندهما لا يجوز فى هذه الحالة (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٤٠) .

(٣) قانون استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٧٢ .

فانه يملكه بالتقادم الخمسى ولو لم يكن البيع مسجلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع البد به على المالك الحقيق لإفادة التملك بالتقادم الخمسى ، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به في تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانوناً (١) ولكن هذا الحكم الذى يستخلص من القواعد العامة قد عدله التقنين المدنى الجديد بنص خاص ورد في تحديد السبب الصحيح في التقادم الخمسى ، إذا نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : « والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحباً له حق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون (٢) .

(١) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ . ونقول محكمة النقض في هذا الحكم : « قبل قانون التسجيل يكاد يكون من المجمع عليه فقها وقضاء أنه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيق ، اعتباراً بأن المالك الحقيق لا يمكن اعتباره غيراً بالمعنى المفهوم لهذا النص في باب تسجيل العقود النافذة للملكية . ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ ، لأن البيع لا يزال معتبراً فيه أنه من العقود الرضائية التى تتم بالإيجاب والتسليم وأن تسجيلها لا يزال غير معتبر أنه ركن ضرورى في وجودها القانونى ، ولأن قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية المتنازعة بالمعقود ، ولذلك لم يلغ من أحكام القانون المدنى إلا ما كان من مواد خاصة بذلك . ومن جهة أخرى فلا يمكن اعتبار المالك الحقيق عاقداً لواقع اليد ولا غيراً ممن لهم حقوق عينية على المنافع الموضوعة اليد عليه ، فلا هو تاق من البائع حقاً عينياً على العقار كان لا يتلقاه عنه إذا علم بالسبب الصحيح في حبه ، ولا هو في حاجة إلى العلم بالسبب الصحيح الصادر من غيره عن طريق التسجيل ، لأن انزعاع الدين منه ووضع الدين يده عليها واستمراره على ذلك خمس سنوات أبلغ في الإغفار إليه من العلم بالتصرف من طريق الكشف من دفاتر التسجيل » . انظر عكس ذلك : ستشاف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٢ - ستشاف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٥٢ ص ١٥٠ - وانظر عكس ذلك أيضاً الأستاذ عبد المصم بيدراوى بقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٧ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد أن المشروع آثر هذا الحل حتى يمكن لتسجيل تمهيداً لإدخال السجل اعتبارى (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠ ص ٤٩٨) . فيجب إذن اعتبار هذا الحكم حكماً استثنائياً ثبت باسحق على خلاف القواعد العامة للرفاء بقرص معين (انظر عكس ذلك الأستاذ عبد المصم بيدراوى بقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧) .

والبيع غير المسجل لا يؤثر هدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال . فقد
قدمنا - الكلام في بيع ملك الغير أن هذا البيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري ،
قبل أن يسجل وبعد التسجيل . مع غير أن يسجل هو بيع بهذا الوصف ،
فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير ، وأحد حكم هذا البيع وهو القابلية
للإبطال . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ مدني ، كما رأينا ، على هذا
الحكم صراحة إذ تقول : « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ،
جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع
على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » (١) .

ب - حكم البيع بعد أن يسجل

٢٧٨ - البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يترتبها البيع غير المسجل :
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يترتبها البيع قبل أن يسجل ، وهي الآثار

(١) وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين العقوبات على عقوبة النصب لكل من ترسل إلى
الاستيلاء على نقود الخ . . إما باستعمال طرق احتيالية وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول
ليس ملكاً له ولأهله حق التصرف فيه . فإذا باع شخص عقاراً يملكه وسجل البيع ، ثم باعه
مرة أخرى ، اعتبر مرتكباً لجريمة النصب ولو أن البيع الثاني لم يسجل ، لأن البيع غير المسجل
يعتبر مع ذلك تصرفاً ، فيكون البائع قد تصرف بالبائع الثاني غير المسجل في عقار خرج عن
ملكه بتسجيل البيع الأول . أما إذا كان البيع الأول لم يسجل قبل صدور البيع الثاني ، فإن
البائع يكون قد تصرف في عقار يملكه ، إذ وقت صدور البيع الثاني لم يكن البيع الأول
قد سجل فلم يخرج البائع عن ملكية العقار . ولكن إذا أوفهم البائع المشتري الثاني بطرق احتيالية
أنه لم يتصرف في العقار ، ثم سجل المشتري الأول قبل أن يسجل المشتري الثاني ، كان هذا
نصباً بطرق احتيالية وكان الجنى عليه هو المشتري الثاني (أنظر في كل ذلك نقض جنائي
١١ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ٢٢٤ - ٢٦٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٢
مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ١٧٤ - ٢٢٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٣
رقم ١٦٠ ص ٢٠٩) .

وقبل قانون التسجيل كان البائع إذا تصرف في العقار مرة ثانية ، حتى لو لم يسجل المشتري
الأول عقده ، اعتبر متصرفاً بغيره لا يملك ، وكان هذا نصاً الجنى عليه هو المشتري الثاني
(نقض جنائي ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٧ ص ٤٤) . أنظر أيضاً
الاستاذ عبد الحليم البدراني بقدره ٢٤٣ - فقرة ٢٤٤ .

التي تفصيلنا أهمها فيما قدمناه ، نبقى قائمة بعد أن يسجل البيع .

فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، مستنداً للالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . ويستطيع المشتري بعد تسجيل البيع ، كما كان ، يستطيع قبل تسجيل البيع ، أن يطالب البائع بتنفيذ هذه الالتزامات ، كما يستطيع البائع أن يدعي المشتري بتنفيذ التزاماته .

ويؤخذ في البيع المسجل بطبيعة الحال بالشفعة ، وبصلح البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، بل أصبح البيع المسجل وحده بعد التقنين المدني الجديد هو الذي يصلح أن يكون سبباً صحيحاً دون البيع غير المسجل فيما قدمناه . وبيع ملك الغير يتي قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول .

٢٧٩ - وبزبر البيع المسجل بأن ينقل الملكية فمعرفيها بين المتعاقدين

وبالنسبة إلى الغير : وبزبر البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري بمجرد التسجيل (١) ، متى كان العقار ، قس البيع مملوكاً للبائع ، إذ أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو سجل .

وتنتقل الملكية بالبيع المسجل فيما بين المتعاقدين (٢) وبالنسبة إلى الغير (٣) ،

(١) فإذا صححت حدود المقار المبيع ، وجب تسجيل عقد التصحيح ، ولا تترتب آثاره القانونية إلا وقت تسجيله فلا ينسحب إلى وقت تسجيل العقد الأول الذي لم يصح فيه الحدود . وقد قضت محكمة النقض بأن التعاند على تصحيح حدود المقار المبيع ورقه هو تعديل المبيع في جوهره ، فالحكم حكم العقد الأصلي نفسه من حيث إنه يجب أن يسجل لتتربط عليه آثاره القانونية ، فالحكم الذي يصح تسجيله عند البيع على عقد التصحيح المحرر بعده وبمحل أسرار الأمانة في التسجيل تاريخ تسجيل ذلك العقد يكون خطأً في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٨١ من ١١٢)

(٢) وكذلك الخلف العام وأندائ إذا لم يسجل تنبيه بزع الملكية قبل تسجيل المشتري لبيع (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٤ من ٩٢٦) .

(٣) وقد لا تظهر لأول وهلة أهمية عملية من تحديد الغير ، مادام لا يوجد خلل لتمييز بين المتعاقدين والغير إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل في جميع الأحوال ، وهذا على خلاف عهد التقنين المدني السابق حيث كانت الملكية تنتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين وبالتسجيل -

وبحدد الغير على النحو الذى كان يحدد به فى التقنين المدنى السابق فيما قلناه
ويترتب على انتقالها فيما بين المتعاقدين أن تحدث جميع الآثار التى تترتب
على نقل الملكية ، وأهمها ثلاث : (١) يكون للمشتري حق التصرف فى العقار
المبيع باعتباره مالكا له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . (٢) يكون للمشتري
ثمن المبيع ونمازه ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك
من الأعباء . وقد رأينا أن هذا الأثر يترتب من وقت البيع ، ولو قبل
التسجيل (١). (٣) إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز
للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تغليبه المشتري باعتباره قد أصبح مالكا
له ، دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . أما تحمل تبعة هلاك المبيع فقد قدمنا أنها
تنقل مع تسليم المبيع إلى المشتري ، لأمع انتقال الملكية إليه (٢) .

ويترتب على انتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل
أنه إذا باع البائع العقار مرتين لمشتريين مختلفين ، فأيهما سبق إلى التسجيل كان هو
المفضل لأنه إذا سبق إلى تسجيل عقده انتقلت الملكية إليه لا فيما بينه وبين
البائع فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى الغير وهو المشتري الآخر الذى تأخر عنه
فى التسجيل . وينبنى على ذلك أنه إذا باع المالك عقاره لمشتري يسجل ، وباع
المشتري العقار لمشتري ثان ونمكن هذا من تسجيل عقده (٣) ، فإن الملكية
لا تنقل من المشتري الأول إلى المشتري الثانى ، لأن المشتري الأول نفسه لم تنقل
إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده . فإذا باع البائع العقار لمشتري آخر ،

== بالنسبة إلى الغير . ولكن الأهمية العملية لتمييز ، عهد قانون التسجيل وقانون الشهر ، تعود
إلى الظهور لو قلنا إن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يستند بأثر رجعى إلى وقت البيع ،
أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا وقت التسجيل . وسنعود فيما يلى إلى هذه المسألة

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٣٩

(٢) أنظر فى كل ذلك آتفاً فقرة ٢٣٩ .

(٣) نفرض جدلاً أن المشتري الثانى يتمكن من تسجيل عقده ، لأنه فى الواقع لا يستطيع .
إذ هو مكلف حتى يستطيع تسجيل عقده أن يقدم سند ملكية البائع له (أى المشتري الأول)
مسجلاً ، وقد قدمنا أن المشتري الأول لم يسجل عقد شرائه . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٣
من قانون الشهر على أنه : « لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني
يرتبط لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحررات التى سبق شهرها ... »

وسجل هذا المشتري الآخر عقده ، فان الملكية تنتقل من البائع ، وقد ظل مالكا للعقار لعدم تسجيل البيع الصادر منه للمشتري الأول ، إلى المشتري الآخر ، فيفضل هذا المشتري الآخر على المشتري الثاني الذي سجل عقده أولا . وكان الحق في عهد التقنين المدني السابق يختلف ، فقامت المادة ٧٤٦/٦١٩ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أنه : في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها . فكان المشتري الثاني الذي سجل أولا تنتقل إليه الملكية إذ يكتفى بتسجيل عقده ، ومن ثم كان يفضل على المشتري الآخر الذي سجل عقده بعد تسجيل عقد المشتري الثاني (١) .

نرى بعد ذلك أن نبحث : أولا - في انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، متى تنقل الملكية ، أنتظار من وقت التسجيل أم تنتقل بأثر رجعي من وقت البيع ؟ ثانياً - في انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عقده قبل المشتري الآخر ؟

٢٨٠ - أولا - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل

أثر رجعي : رأينا أن ملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل البيع ، فاذا ما انتقلت بالتسجيل فهل هي من وقت التسجيل ، أو يستند انتقالها بأثر رجعي إلى وقت البيع فيعتبر المشتري بعد تسجيل العقد مالكا فيما بينه وبين البائع من وقت البيع ؟

الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء هو أنها تنتقل من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعي يستند إلى وقت البيع ، وهذا هو الرأى الذى يؤيده ظاهر النصوص . غير أن هذا الرأى يعارضه رأى آخر يذهب إلى أن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً يستند إلى وقت البيع .

فنستعرض الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء ، ثم نستعرض الرأى الذى يعارضه .

(١) الأستاذان أحمد نجيب اهلل وحمد بكى فترة ٢٧٥ من ٢٧٦ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٨٥ - الأستاذ عبد المصم ابدرأوى فترة ٢٢٣ - الأستاذ منصور مداح منصور ص ١٢٨ هامش ١ .

٣٨١ - الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء - لم يسجل للتسجيل

أثر رجعى : يستند هذا الرأى ، وقد أخذت به الكثرة الغالبة من الفقهاء
فى مصر (١) : إلى نصوص القانون وإلى الغرض الذى توخاه المشرع من نظام
التسجيل الجديد وإلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فيستخلص من كل
ذلك الحجج الآتية :

أولاً - نصوص القانون جاءت مطلقة ، فهى تقرر فى وضوح أن عقد البيع
يجب شهره بطريق التسجيل ، وأنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل
لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهذا قانون التسجيل تنص المادة
الأولى منه على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء . . . والى من شأنها إنشاء
حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . .
ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . . لا فيما
بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . وهذا قانون تنظيم الشهر العقارى تنص
المادة التاسعة منه أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق
العينية العقارية الأصلية أو نقاء . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على
عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة
إلى غيرهم » . فالنصوص إذن صريحة فى جعل المتعاقدين والغير فى مركز واحد
بالنسبة إلى انتقال الملكية . ولما كان الشك لا يتطرق فى أن انتقال الملكية بالنسبة
إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، كذلك يجب ألا يتطرق
الشك فى أن الملكية فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل .
ولم يقل المشرع فى أى نص من نصوص قانون التسجيل ولا فى أى نص من نصوص
قانون تنظيم الشهر العقارى إنه يفرق بين المتعاقدين والغير فى وقت انتقال الملكية .
وأنه يجعل لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً ، فلا يجوز مخالفة نصوص

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وسامد زكى فقرة ٢٧٠ - فترة ٢٧٢ - الأستاذ
أنور سلطان فقرة ١٠٨٩ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٦٨ - الأستاذ عبد الشاح عبد الملقى
فترة ٩٩ - الأستاذ عبد السمم البدراوى فقرة ٢٠٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور
فترة ٧١ - الأستاذ اسماعيل غانم ج ٨٩ - ص ٩٠ .

التشريع الواضحة في هذا الصدد . ولما أراد المشرع ، في أحد المواضع ، أن يجعل للتسجيل أثرأ رجعيأ ، صرح بذلك في غير لبس . فنص قانون التسجيل ، في خصوص تسجيل الدعاوى ، في المادة الثانية عشرة منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤثر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » . ونص قانون تنظيم الشهر العقارى في هذا الصدد أيضاً ؛ في المادة السابعة عشرة منه ، على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق هينة ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » . فلو أراد المشرع أن يجعل للتسجيل أثرأ رجعيأ بما يتعلق بانتقال الملكية بين المتعاقدين ، لما سكنت عن ذلك ، ولنص عليه في الصراحة التي نص بها على الأثر الرجعى في خصوص الدعاوى .

ثانياً - ومما يقطع في أن نية المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقارى قد انصرفت إلى جعل أثر التسجيل واحداً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، فيستوى الجميع في كيفية انتقال الملكية وفي وقت انتقالها ، ما جاء في المذكرة الإيضاحية لكل من التشريعين . فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل ما يأتى : « فيتعين مراعاة للمصلحة العامة ضمان شهر التصرفات العقارية بتقرير جزاء قانونى يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان التمسك بهذه التصرفات في وجه غير المتعاقدين . فيتحم إذن جعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية والحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين ولغير المتعاقدين على السواء » (١) وورد في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (التاسعة) فهما مطابقتان لفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالى (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أى تعديل في نصوصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل فقرة ٤ .

النقض والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المنارة إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنفخ ولا تزول إلا . سجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي . يجب إلى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف تراجع شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، عدا انتقال الحق العيني فيتراخي هذا الانتقال حتى حصول التسجيل (١) .

ثالثاً - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين يتعارض مع الفرض الأساسي الذي توخاه المشرع بالتعديل الجوهرى الذى أدخله على نظام الشهر كما كان مقررأ في التقنين المدنى السابق . فقد قصد المشرع فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كانتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، توطيداً لدعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعاً للشهر والعلانية ، فقبل ذلك لا تنتقل الملكية . وفى هذا استقرار لنظام انتقال هذه الملكية ، ودافع يحفز المتعاقدين إلى المبادرة بتسجيل عقودهم مادامت هذه العقود لا تنقل الملكية أصلاً حتى فيما بينهم قبل أن تسجل ، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت التسجيل ، وذلك كله تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر . ولرقلنا إن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد ، لاتسعت أمام المشتري أسباب التراخي فى تسجيل عقده ، ما دام موقناً أنه مهما أبطأ فى هذا التسجيل فإن الملكية تنتقل إليه من وقت العقد بمجرد تسجيله ، فيستوى عنده إذن أن يسرع فى التسجيل أو أن يبطئ ما دامت النتيجة واحدة فى الحالتين .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فقرة ١٧ - وتضمن المذكرة الإيضاحية فى نفس الفقرة فتقول : « فى عقد البيع مثلاً لمشتري العقار الحق فى تسلمه وفى الحصول على ريعه وممراته طبقاً لأحكام هذا العقد قبل التسجيل . وكذلك لهذا المشتري الحق فى مالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً حقيقياً ، فإذا انسحب أو تأخر جاز لمشتري أن يحصل فى مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع ، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على الترفيع فيه ويكون قابلاً للتسجيل » .

رابعاً - إن القول بالأثر الرجمي للتسجيل فيما بين المدينين يعود بنا إلى جعل الملكية تنتقل في تاريخين مختلفين ، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وفي هذا شذوذ أراد المشرع في كل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري تجنبه ، بالقضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير وما يترتب على ذلك من وجوب تحديد من هو الغير تحديداً لا يخلو من الإشكال والتعقيد .

خامساً - قد استقر قضاء محكمة النقض على أن ليس للتسجيل أثر رجمي في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فلا تنتقل الملكية فيما بينهما إلا من وقت التسجيل لا قبل ذلك

فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع إنما قصد أن قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل مشبة شرط توقيني ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تربيخه ، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه . فإذا حصل دائن على اختصاصه بمقار اشتراه مدينه بمقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى المقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون في هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن منقول به الطاعة من أن تسجيل عقد البيع هو بمثابة شرط ترقيني لا انتقال الملكية إذا ما تحقق انسحب أثره إلى الماضي هو قول خاطيء ، فإن حقيقة ما رمى إليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف ، من غير أن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيني لو وقع يكون له أثر رجمي يجعل التصرف ناقلا للملكية من يوم تاريخه العرفي أو الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية المنصوص عنها في المواد ١٠٥ وما يليها من القانون المدني (القديم) . لم يرم الشارع إلى غير ذلك ، وإلا لكان ذهب بمحكمة تشريع قانون التسجيل من وجوب حماية الغير من العقود والالتزامات التي لم تنشر بواسطة التسجيل . ولعل من أحد الأمثلة التي تتكشف بها هذه المحكمة ما هو مسلم به طراً من أن عقد الرهن العقاري الذي يمسّه المشتري لعين قبل تسجيل عقد شرائه لإياها هو عقد باطل ، لأنه لم يصادف

عينا في ملك الراهن . وحق الاختصاص هو مثيل الرهن العقاري ، ويجب أن ينصب على ماهر في ملك المدين ملكاً واقعياً على مقتضى أحكام قانون التسجيل (١) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن استناد أثر الشرط إلى المسمى على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التعهدات والعقود ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية ، لأن النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي . على أن يقول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه مناداة لمقصود الشارع في وضع قانون التسجيل . فالحكم الذي يقضى برفض دعوى الشفعة ، بناء على أن الشفع لم يكن مالكا للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عند الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب الحكم ما يأتي :

« وحيث أن استناد أثر الشرط إلى الماضي ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذا بعلقان اتفاقهما على شرط — أى على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد — يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فتقدر أنهما لو كان على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التدبير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط ، ولا مبرر لها

في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين . ففصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب التعهدات والتعهد ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضي . وحيث أنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والتضاد على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المدين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجح لإنشاؤه في المستقبل (١) .

(١) نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة محرر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ .
وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصره ، ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معطلاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية ، حتى إذا ما تحقق الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل - ذلك غير صحيح ، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونياً ، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي . فإذا قضى الحكم بالشفعة بـ على مجاورة أرض الشفعين للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلي والشرقي مثلاً) ، بمقولة أن تسجيل الشفعين عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقي يرتد أثره إلى تاريخ العقد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨) .
وقضت محكمة النقض كذلك بأن أثر التسجيل في نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق عيني آخر ، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي . ولا يحتاج على ذلك بالمواد ٧ و ١٠ و ١٢ من قانون التسجيل ، لأنها إذا أجازت تسجيل صحائف الدعوى ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم بسبب أثر التأشير على تاريخ تسجيل الصحيفة ، وإنما أجازته على سبيل الاستثناء لحماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من قربت لهم حقوق عينية على ذات العقار . وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه . وإذا كان الحكم ، وهو في حدد المناضلة بين أي المالكين أرض الشفعين أو أرض المشتري تعود =

٢٨٢ - الرأى المعارض - للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين

- **معلومات مبرئة :** ونحن نؤثر الرأى المعارض ، ونذهب إلى القول بأن الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذى يتفق مع طبيعة البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية .

ونتقدم قبل إيراد الحجج التى نستند إليها بالملاحظات الآتية لجلاء الموقف :

الملاحظة الأولى - لا شك فى أن الملكية بالنسبة إلى الغير لا تنتقل إلا من وقت التسجيل ، وذلك يرجع إلى طبيعة التحويل والمهمة التى يقوم بها . فهذه المهمة هى إعلام الناس بوقوع تصرف قانونى ، فبدئى ألا يسرى هذا التصرف فى حق الناس ممن يعينهم الأمر - وهؤلاء هم الغير - إلا من وقت انتمكس من العلم بالتصرف عن طريق التسجيل ، أى من وقت التسجيل (٢) .

والملاحظة الثانية - إن الاستناد إلى القول بأن التسجيل شرط واقف فى نقل ملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعى للتسجيل استناد خاطئ . قد كانت محكمة النقض موفقة كل التوفيق عندما استظهرت أن الشرط الواقف لا يكون إلا فى منطقة الإرادة ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر شرط وعس عليه حكما ، فإن هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق

= عليه منفعة أكثر ، سقط اعتبار الشفعين . انكأ جزء من الأطنان التى يشفع بها على أساس أن تسجيل الحكم الصادر بصفة التعاقد منها لاحق لعقد المشتري الذى تولد عنه حق الشفعة ، فإنه لم يفسر . فى تطبيق القانون (نقض مدعى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مصرية . أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - أنظر أيضا : نقض مدعى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩ - استئناف مخطئ ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ - عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الوطنية استئناف ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٦٩ ص ١٨) .

(١) وقد أثرنا إلى تأييدنا لهذا الرأى فى كتابنا " للإيجار فقرة ٤٨٠ . وأول من قال بهذا الرأى الأستاذ عبد السلام ذهبى (الأموال جزء ٢ فقرة ٦٢٧ - مقاله فى المصاماة ص ٦٠٦ - ٦٠٧) .

(٢) ويمكن القول إن الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد ، ولكن انتقال الملكية لا يسرى فى حيز الغير إلا من وقت التسجيل . فانتقال الملكية يقع من وقت العقد إطلاقا ، ونترائجه إلى وقت التسجيل فى حق الغير هو عدم نقله لا عدم انتقاله .

شرطه ومن وقت تحقق هذا الشرط ، لأن الأثر لا يسبق المؤثر ، وما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضي (١) .

والملاحظة الثالثة - إن الفرق بالأثر الرجعى لتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، إذ أن تقرير الأثر الرجعى وإنكار هذا الأثر لا يختلفان كثيراً من حيث الحلول العملية للمسائل التى تعرض لتطبيق كل من القولين . ولكن القول بالأثر الرجعى ، من ناحية الصناعة القانونية ، أكثر استساعة من إنكار هذا الأثر فى بعض المسائل ، وفى مسائل أخرى قليلة يكون دون غيره هو القول الحق وفى هذه المسائل وحدها تبرز أهميته العملية .

وبعد أن فرغنا من تجلية الموقف بهذه الملاحظات ، نأتى بأمثلة القول فيها بالأثر الرجعى هو أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية ، ثم نأتى بأمثلة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق .

٢٨٣ - القول بالأثر الرجعى أكثر استساعة من ناحية الصناعة

القانونية : نسوق هنا مسائل يبين فيها أن تقرير الأثر الرجعى وإنكاره يستويان من ناحية النتائج العملية ، ولكن القول بالأثر الرجعى يكون أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية :

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى على ما بأتى : « وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . فالقانون ينص هنا على أن ثمر المبيع ونماؤه يكون من وقت تمام البيع - لا من وقت تمام التسجيل - للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع أيضاً . ويقول الفقه فى تفسير هذا الحكم إنه يرد إلى التزام البائع بالتسليم ، فهو ملزم بتسليم المبيع

(١) أنظر فى أن الشرط أمر خارج ، وفى أن الأثر الرجعى لتحقيق الشرط إنما يرجع إلى التنية المحتلة للمتعاقدين ، ولو أنهما كانا عند التعاقد يعرفان مآل الشرط لما طلقا العقد طلقه ولجملاء مقدراً بسيطاً منجزاً الوسيط جزء ٣ فقرة ١٥ - فقرة ١٦ وفقرة ٢٢ ص ٦٥ .

ملحقاته ، والنمر هو من ملحقات المبيع ، فيكون البائع ملزماً بتسليمه مع المبيع .
وفى هذا التعليق توسيع لفكرة « ملحقات المبيع » أكثر مما تحمله طبيعة الملحقات .
فلحقات الشيء ليست جزءاً منه بتولد عنه كالنمر والنماء ، بل هو شيء مستقل
عنه أعد بصفة دائمة لاستعماله فيكون ملحقاً به . وقد حددت المادة ٤٣٢ مدنى
ملحقات المبيع على الوجه الآتى : « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل
ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء » ، وذلك طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء
« عرف الجهة وقصد المتعاقدين » . فتملك المشتري ثمر المبيع من وقت تمام البيع ،
على أساس أن هذا الثمر ملحق بالشيء المبيع فيكون واجب التسليم للمشتري ،
لا يستقيم من ناحية الصناعة القانونية (١) . وهو فى الوقت ذاته لا يفسر كيف
يكون على المشتري تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، وفكرة التسليم هنا
لادخل لها . والذي يستقيم ويكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية
أن نقول إن المشتري يصبح مالكا للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة إلى البائع ،
وباعتباره مالكا من هذا الوقت يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك (٢) ويكون
عليه تكاليفه . وهذا التاصيل يقتضى القول بالأثر الرجعى للتسجيل ، فإذا
سجل المشتري البيع انتقلت إليه ملكية المبيع بالتسجيل ، ولكن من وقت تمام
العقد ، فيصبح مالكا للثمر والنماء ، ويكون عليه التكاليف من هذا الوقت أيضاً .

(١) ولا يستقيم كذلك القول بأن ملكية النماء لا تتبع بالضرورة ملكية انتمار الذى يفلها ، كما
هو الأمر فى عقد الإيجار فإن المستأجر يملك الثمار دون العين ذاتها (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي
فقرة ٩٩ ص ١٥٩) . ذلك أن الثمار فى عقد الإيجار تملك بصفة أصلية والعقد واقع عليها
بالذات لمليكتها ، بخلاف ثمر المبيع فملكته تنتقل تبعاً لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري
ولا يقع البيع عليه بالذات .

(٢) ويبدو أن محكمة النقض تربط كسب ثمار المبيع بانتقال الملكية إلى المشتري ، لا بأن
الثمار من ملحقات المبيع . فقد قضت بأن عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عنود
التراضى ، ولذلك يبقى البائع ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما يبنى
المشتري ملزماً بأداء الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التى ترتبت بينهما على التقابل بمجرد
حصول البيع . كما أنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل العقد وتراضى نقل الملكية بسببه ، أن يدعى
لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعى لنفسه . ومقتضى
ذلك أن يكون البائع ملزماً للمشتري بتسليم المبيع وبفلك إن لم يتم بتسليمها فالحكم الذى لا يعطى
المشتري الحز و . ريع ثمن المبيع من المدة السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكون حكماً غاطفاً
متميناً نقضه (نقض مدنى ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة محرر رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠) .

(٢) إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه ، فمن ينكر الأثر الرجعي للتسجيل يعتبره قد تصرف فيما لا يملك ، حتى لو سجل عقد شرائه بعد التصرف . ومن يقر الأثر الرجعي يعتبره قد تصرف فيما يملك ، مادام قد سجل عقد شرائه بعد التصرف . والرأى الثاني يصل في نتيجة العملية إلى ما يصل إليه الرأى الأول ، وهو أكثر استنساغة من الناحية القانونية . وبين ذلك في عرض الآتي : اشترى عقاراً في أول يناير ولم يسجل عقد شرائه . وفي ١٥ يناير باع العقار إلى ب وسجل ب عقد شرائه في اليوم نفسه (١) . وفي ٣٠ يناير سجل عقد شرائه . فعلياً في هذا الفرض أن نوازن بين الرأى الذي ينكر الأثر الرجعي والرأى الذي يقر هذا الأثر . فعلى الرأى الأول يكون باع في ١٥ يناير إلى ب عقاراً غير مملوك له ، إذ كان يومذاك لم يسجل عقد شرائه . ولما سجله في ٣٠ يناير ، أصبح مالكا من هذا التاريخ فقط لانعدام الأثر الرجعي . ولكنه ، بعد أن أصبح مالكا للعقار الذي باعه قبل أن يملكه ، يكون قد صحح البيع الذي صدر منه ، فأصبح ب مالكا للعقار ، ولكن من يوم ٣٠ يناير أى من اليوم الذي أصبح فيه البائع مالكا فانتقلت منه الملكية إلى ب . وعلى الرأى الثاني الذي يقر الأثر الرجعي ، يكون ابتسجيله عقد شرائه في ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار بأثر رجعي يستند إلى أول يناير يوم تمام البيع ، ويكون في ١٥ يناير عندما باع العقار إلى ب قد باع ما يملك فانتقلت الملكية إلى ب في نفس اليوم بتسجيل ب لعقد شرائه . فعلى الرأىين إذن يصح عقد البيع الصادر من أ إلى ب ، وننتقل به الملكية من الأول إلى الثاني . ولكن الملكية تنتقل إلى ب في ٣٠ يناير بحسب الرأى الذي ينكر الأثر الرجعي ، وننتقل

(١) كان ب يتمكن من تسجيل عقد شرائه قبل أن يسجل العقد . ثم صدر قرار وزاري في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ يقضى بعدم جواز تسجيل العقد إلا بعد تسجيل العقود الأسكنية السابقة التي تكون مؤرخة منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ والتي تكون واجبة التسجيل . وفقا لأحكام قانون التسجيل . وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤكداً لهذا الحكم ، فخصت المادة ٢٣ منه على أنه لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحررات التي سبق شهرها . (٢) المحررات التي تتضمن تصرفاً منسباً إلى ما بعد موت من قبل العمل بأحكام هذا القانون . (٣) المحررات التي ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو عثم لإنسان توفي . (٤) المحررات التي تمها تاريخاً سابقاً على سنة ١٩٢٤ إذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون في محررات تم شهرها أو نقل بها ملكات معقضاها لمن صدرت لصالحه .

في ١٥ يناير أى في اليوم نفسه الذى صدق فيه البيع بـ ب بحسب الرأى الذى يقر
أثر الرجعى (١) .

(٣) إذا أحدث البائع بناء في الأرض المبيعة قبل أن يـ ب المشتري عقد
شرائه ، ثم سجل المشتري العقد ، فلما أنكرنا الأثر الرجعى ولم تنتقل الملكية
إلى المشتري إلا من وقت التسجيل ، كان البائع بانياً في أرض يملكها وقت
أن يـ بى . وإذا قلنا بالأثر الرجعى وانتقلت الملكية بالتسجيل من وقت بيع ،
كان البائع بانياً في أرض لا يملكها فيعامل معاملة باني بسوء نية في أرض غيره .
وهذا الحل الثانى هو الذى اختاره القضاء لأنه هو الحل العادل ، ولكن القضاء
مع ذلك لم يؤسسه على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل وكان تأسيسه على هذه
"كرة أكثر استماعة من الناحية القانونية . فقد دالت محكمة استئناف مصر :
"لأنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة في المبيع قبل التسليم فيعتبر كأنه
بـ ب في غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن التسجيل
تنتقل الملكية من يـ ب حصوله ، غير أن باقى التزامات الأخرى الناشئة من
البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التعهد بالمبيع ، لأنها في الحقيقة التزامات
شخصية تأخذ حكمها . يـ بى من وقت التعهد . من حيث أنه من ضمن هذه
التزامات امتناع البائع بمجرد التعهد عن كـ بى أو ينقص في المبيع - وهو
تزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو رررر التعهد المذكور . ومن حيث
أن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن في ذلك إضرار من
غير مقابل يحرمه القانون المدني ، وعلى المشتري الذى يقبل المبيع بهذه الزيادة
أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يـ بى بالفراش أو البناء في أرض
بـ بى (٢) . وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، فقضت بأن البائع ملزم
بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل

(١) والأخذ بالأثر الرجعى هنا أكثر استماعة ، إذ هو يعود بالنفع على ب ومن يتعامل
معه دون أن يضر أحداً . فـ بى فرض أن ب رهن العقار في المدة ما بين ١٥ يناير و ٣٠ يناير ،
كان رهنه صحيحاً لأنه صادر من المالك بحسب الرأى الذى يقر الأثر الرجعى ، وكان باطلاً وفقاً
لنقنين المدني السابق لأنه صادر من غير مالك بحسب "أى الذى ينكر الأثر الرجعى .
(٢) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ المـ ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦ .

نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة في هذا العقار (بناء) بينما المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعتبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء في ملك غيره (١) . ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي هنا أفضل ، من ناحية الصناعة القانونية ، من إنكاره الأثر . فأننا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالألا يحدث تغييراً في العين المبيعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكن ليس هو بالذات . وكل مانصل إليه هو أن البائع قد أدخل بالتزامه في الألا بنى في الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عيناً ، فهدم البناء وبأخذه أنقاصاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء (٢) . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نشدتها محكمة النقض وهي اعتبار البائع بانياً بسوئية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء

(١) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر رقم ٨١ ص ١٥٧ - وانظر أيضاً :

نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٠١ .

(٢) ويخطو الأستاذ حلمي هجيت بدوي خطوة أقرب إلى النتيجة التي وصلت إليها محكمة النقض ، ولكنه مع ذلك يسم بأن هناك فرقاً بين ما وصلت إليه محكمة النقض وبين ما يؤدي إليه التطبيق السليم للقواعد العامة ، فيقول : إن البائع ملزم بمقتضى عقد البيع بالألا يحدث تغييرات في العين . فإذا أحدث هذه التغييرات ، بأن أقام بناء في العقار المبيع ، فمشتري الحق في أن يطلب منه إزالته هل مصادريه ، لا تطبيقاً للمادة ٦٥ مدني (تقديم) ، وإنما تطبيقاً لأحكام عقد البيع . وليست هذه الإزالة في مصلحة البائع لأنه سوف يتسلم البناء أنقاصاً ، وقد يكون من مصلحة المشتري استبقاء البناء . هل أن يتفق مع البائع على مقدار التعويض الواجب دفعه ، وهو في أي صورة لا يقل من قيمة البناء مستحق الهدم . فإذا امتنع البائع ورغم ذلك وأصر على عدم البناء ، وقد يعتبر هذا الإسراء من جانبه تعسفاً وتسلطاً في استعمال حقه في إزالة البناء . وفرق بين هذه النتيجة وبين الحكم بتثبيت ملكية المشتري على أساس الاتفاق هل أن يفرض التعويض الواجب دفعه بعد ذلك ، (مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١)

في الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم (١) .

والواقع من الأمر أننا نواجه في الأمثلة التي قدمناها الموقف الآتي : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه قد حصل فعلاً على المزايا التي كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو بحسب ثمرة البيع من هذا الوقت . ويستطيع أن يتصرف في المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبني في الأرض المباعة إلا اعتبر بانياً في أرض غيره . وزيد أن نعال هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعاليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فداغ أن يحصل على المزايا المتقدمة (٢) ، نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب في جميعها ظاهر .

على أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل إن هناك أمثلة أخرى يكون فيها القول بالأثر الرجعي ، ليس فحسب القول الأكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق ، وننتقل إلى بيان ذلك .

٢٨٤ - القول بالأثر الرجعي هو ومرة القول المحي : ونسوق في هذا الصدد الأمثلة الآتية :

(١) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد

(١) وإذا فرضنا أن المشتري هو الذي أقام البناء على الأرض المباعة بعد أن تسلّمها وقبل أن يسجل ، وسبقه إلى التسجيل مشتري آخر انتقلت إليه ملكية الأرض بالتسجيل ، فالواجب في هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة الباقي في أرض غيره وهو حسن النية ، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وإن كان يعلم أن الأرض لم تصبح بعد مملوكة له فهو في الواقع من الأمر - وإن كان قبل التسجيل لم يصبح مالكا - يحق له أن يتصرف في المبيع ، بالنسبة إلى البائع ، كما لو كان مالكا .

(٢) ولعل هذا يمين عن توضيح القاعدة التي تقضي بتحميل ثمة المالك المشتري بعد القبرس ولو قبل التسجيل ، فإن المشتري لا يكون مالكا للبيع في هذه الحالة لأنه لم يسجل عقده ، ومع ذلك يتحمل ثمة هلاكه لأنه يكون بالنسبة إلى البائع في حكم المالك .

شرائه حتى شهر إفلاس البائع ، ثم - (١) . فإذا قلنا بالأثر الرجعى ، اعتبر المشتري مالكا من وقت البيع ، وجاز له أخذ العقار المبيع من التفليسة دون أن يزاحمه الدائنون . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، فإن التسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه أو بعد شهر الإفلاس ، فلا تنتقل ، ويبقى المشتري دائما شخصيا يزاحمه سائر دائنى البائع المفلس في ثمن العقار المبيع . ولا نتردد في إثبات الحل الأول ، إذا ثبت أن البيع الذى صدر قبل الإفلاس هو بيع صحيح لاشابة فيه من تواطؤ أو غش .

ومثل الافلاس الإعسار ، فإذا صدر البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (٢) ، وسجل بعد تسجيلها ، كان للتسجيل أثر رجعى واعتبر المشتري مالكا قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فله أن يأخذ العقار المبيع ولا يزاحمه فيه الدائنون .

وكان الأمر كذلك ، قبل تقنين المرافعات الجديد ، في مشتري العقار من المدين قبل تسجيل الدائن تنبيه نزع الملكية . فإذا اشترى شخص العقار من مدين قبل أن يسجل الدائن تنبيه نزع الملكية على هذا العقار ، ثم سجل المشتري عقد شرائه ، اعتبر مالكا من وقت البيع أى قبل تنبيه نزع الملكية ، فيخلص العقار للمشتري ولا يجوز للدائن السبر في إجراءات التنفيذ (٣) . ولكن تقنين المرافعات الجديد أتى بنص خاص في هذه المسألة جعل الدائن العادى معتبرا من الغير منذ

(١) ليس في التقنين التجارى ما يمنع المشتري من التسجيل بعد شهر إفلاس البائع ، والمنوع هو قيد حقوق الامتياز والرمز (م ٢٢١ تجارى) . ومع ذلك قارن نقض مدق ٢٠ سنة ١٩٣٥ مجموعة محر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ .

(٢) أنظر م ٢٥٧ مدق .

(٣) وقد قدمت محكمة النقض بأن تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا يذهب للدائن العادى نازع الملكية حقا عينيا على العقار بمجرد تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه ، وكل ما في الأمر أن يصبح في هذه من الغير الذين لا يمتنع عليهم بالعمود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتا قبل تاريخ تسجيل التنبيه : أنظر نقض مدق ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٩٢ ص ١٦٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة محر ١ رقم ٣٠٩ ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الحميد أبو حيف في التنفيذ فقرة ٧٠٢ - أنظر عكس ذلك الأستاذ محمد حامد فهمى في التنفيذ فقرة ٣٤٦ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٢٠٩ ص ٣٢١ - ص ٣٢٥ .

تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يسرى عليه البيع الصادر من المدين إذا كان هذا البيع قد سجل بعد تسجيل التنبيه (١) .

(٢) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد شرائه حتى مات البائع ، ثم سجل ، وكانت تركة البائع معسرة . فإذا قلنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، اعتبر المشتري مالِكاً من وقت البيع ، وخلص له العقار المبيع دون أن يزاحمه فيه دائنو التركة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فالتسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه ، ولما كانت التركة معسرة امتنع انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري وزاحمه في ثمنه دائنو التركة (٢)

(٣) نفرض أن بيع العقار وقع في أول يناير ، ورهن المشتري العقار رهناً رسمياً في ١٥ يناير قبل أن يسجل عقد شرائه وقيد الدائن المرتهن الرهن في اليوم ذاته ، ثم سجل المشتري البيع في ٣٠ يناير . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، وجب القول بأن المشتري عندما سجل في ٣٠ يناير قد أصبح مالِكاً للعقار منذ أول يناير وقت تمام البيع . فيكون وقت أن رهن العقار في ١٥ يناير قد رهن عقاراً مملوكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً ويأخذ مرتبته من يوم قيده أى من يوم ١٥ يناير . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي للتسجيل ، فقد وجب القول بأن المشتري لم يصبح مالِكاً للعقار إلا يوم ٣٠ يناير وقت إحراء التسجيل ، فيكون وقت أن

(١) وهذا النص هو المادة ٦١٦ سرافعات ، وتجري الفقرة الأولى منها على الوجه الآتي :
« لا ينفذ تصرف المدين أو الخائن في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ ولا الراسي عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » . أنظر الأستاذ رمزي سيف في التنفيذ طبعة ثالثة
فقرة ٣٨٣ ص ٣٣٣ .

(٢) وفي الغرض الذي يموت فيه البائع عن تركة موسرة قبل أن يسجل المشتري ، ثم يسجل ، نؤثر القول بأن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة الورثة - وليس من الغير - من وقت تمام البيع لامن وقت التسجيل . وهذا القول أكثر امتناعاً من القول بأن الالتزام ينقل الملكية بين التركة أو ينتقل إلى الورثة . فبقاء الالتزام بنقل الملكية في التركة تفضله فكرة الأثر الرجعي ، وانتقال الالتزام إلى الورثة لا يفتن مع مبادئ الفقه الإسلامي التي تقضي بأن الورثة لا تنتقل إليهم الديون .

رهن العقار في ١٥ يناير غير مالك له . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدني على أنه : « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الرهن الذي يصيب فيه هذا العقار مملوكاً للراهن » . ويترتب على ذلك أن الرهن في المثل الذي قدمناه لا يترتب على العقار إلا يوم ٣٠ يناير وهو اليوم الذي أصبح فيه المملوكاً للمشتري الراهن ، وبأخذ مرتبته يوم ٣٠ يناير لا يوم ١٥ يناير كما هو الأمر لو أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل . ويترتب على هذا الفرق النتيجة العملية الآتية : لو أن المشتري قبل أن يسجل عقده رهن العقار مرة ثانية وقيد الدائن المرتهن عقده في ٢٠ يناير ، فإن اعتبرنا أن الرهن الأول يأخذ مرتبته في ١٥ يناير وفقاً للقول بالأثر الرجعي ، لأخذ الرهن الثاني مرتبته في ٢٠ يناير وتأخر عن الرهن الأول . أما لو أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن الرهن الثاني يأخذ مرتبته في ٣٠ يناير كالم رهن الأول ، ويتعادل الرهان فلا يفضل أحدهما على الآخر . ونحن نؤثر الأخذ بالأثر الرجعي لأنه أكثر انطباقاً على طابع العلاقات القانونية التي نحن بصدد معالجتها .

(٤) نفرض مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أنكرنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالِكاً للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وبهذا ما ذهبنا إليه - فحكمه النقض (٢) - فإن المشتري لا يستطيع مالِكاً للعقار المشفوع به (المادة ٢٠٤١) .

(١) قارن محكمة النقض في ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢١ من ١٩٢٧ ، حيث لم تأخذ بهذا الرأي ، وأعلنت أن الاختصاص فيه على مقدار الخطأ قبل أن يحسن المأثور مقد ثرائه ، ثم سجل المشتري المشتع بعد ذلك وتصرف به العقار ، حاملاً من المحكمة بهذا التصرف الأخير ، ولم تعتمد بحق الاختصاص ، مع أن المشتري من المشتري كان يستطيع أن يكون على علم بحق الاختصاص من المبدأ أولاً خطأ أو الكتاب - بشرط أيضاً في المعنى الذي نبحث به - فحكمه النقض بحكمه الاستئناف الخطأ في ، مايو سنة ١٩٣٦ ١٨ - ٢٠٤١ .

(٢) في حكمها الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٤ رقم ١١١ من ١٩٤٤ - وانظر أيضاً : نقض هذا ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ من ٤٦٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٤ من ١٤٤ - ٨ يوليو سنة ١٩٤٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ من ٣٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٢ من ٤٢٠ .

العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى ، وإعطاء المشتري الحق فى الأخذ بالشفعة .
ولو قلنا بالرأى الذى ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع
يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشتري العقار المشفوع به ،
فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه (١) . ولا شك فى أنه بين
المالكين المتعاقبين - البائع للعقار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو
الباقى مجاوراً للعقار وعمو الأولى بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قبل إن الشفعة فى
هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون ونهيات
الأسباب لكسبه .

(٥) نفرض أن شخصاً باع داراً ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه
أنشأ البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فإذا أخذنا بالأثر الرجعى
للتسجيل لكانت ملكية الدار منتقلة إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ،
فلا يسرى الإيجار فى حق المشتري تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدنى التى
تجرى على الوجه الآتى : وإذا انتقلت ملكية العين المزجزة اختياراً أو جبراً
إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له
تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية . أما إن أنكرنا الأثر
الرجعى ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا وقت إجراء التسجيل أى
فى وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار فى حق المشتري .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى هنا ، فلا بد أن الإيجار فى المثل المتقدم سارياً
فى حق المشتري ، وهذا هو الرأى الذى أخذنا به فى عهد التقنين المدنى للسابق (٢) .

(١) وقد قيل بهذا فعلا (انظر الأستاذ عمر أبو شادى فى شهر المحرق العقارية ص ١٤٦) .
(٢) عقد الإيجار المولف لفقرة ٤٨٠ - وكانت المادة ٣٨٩/٤٧٤ من التقنين المدنى
تجعل البيع السابق - لا نقل الملكية - هو الذى يفسخ عقد الإيجار . وقد كتبنا إذ ذاك ما يأتى :
« ولا نرى أن قانون التسجيل الحديث . . أثر فى الأحكام المتقدمة ، فلا يزال البيع غير المسجل
يفسخ الإيجار . . . يمكن عقد الإيجار سابقاً عليه فى التاريخ ، فإن البيع غير المسجل يفسخ صحيح
ينتج كل آثاره عند نقل الملكية . وعلى ذلك يجوز لمشتري قبل أن يسجل عقده أن يطلب
من المستأجر إخلاء العين بعد التنبيه عليه بذلك فى الميعاد القانونى . وعلى كل حال فإن المشتري =

٢٨٥ - القول بالأثر الرجعى هو الذى يبنى مع الفواعل العامة :

والآن بعد أن استعرضنا أمثلة يستساغ فيها من ناحية الصناعة القانونية إقرار الأثر الرجعى أكثر مما يستساغ إنكاره ، وأمثلة أخرى يبدو فيها أن القول بالأثر الرجعى هو وحده القول الحق ، يبنى أن نبين لماذا يستعصى إنكار الأثر الرجعى على كثير من المسائل ، ولماذا يفضل إقرار الأثر الرجعى فى مسائل أخرى .

قد يكون المشرع لم يفكر فى الأثر الرجعى للتسجيل بنائاً ، بل قد يبدو أنه قصد المساواة بين الغير والمتعاقدين فى انعدام الأثر الرجعى ، ويتبين ذلك من المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى . ولكن المبادئ العامة للقانون تأبى إلا أن يكون للتسجيل فى نظام الشهر الشخصى أثر رجعى فيما بين المتعاقدين .

ذلك أن التسجيل له مهمة لا يجوز أن يتخطاها ، فهذا تقضى عليه طبيعته . ومهمته فى نظام الشهر الشخصى تختلف عن مهمته فى نظام الشهر العيى . مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالمعقد فى هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمته فى نظام الشهر العيى فهى نقل الحق ، إذ التسجيل فى نظام السجل العقارى وليس العقد هو الذى ينقل الحق (١)

= إذا قام بتسجيل عقده ، انتقلت إليه ملكية العين بأثر رجعى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل بالنسبة للبائع ودائيه الشخصين ومنه المتأخر ، فيعتبر المشتري مالئاً من وقت البيع أى من وقت لم يثبت أن تاريخ الإيجار سابق عليه ، فيفسخ الإيجار حتى مع التحليم بأن نقل ملكية العين المؤجرة لا البيع ذاته هو الذى يفسخ عقد الإيجار . (عقد الإيجار المدوّن فى فقرة ٤٨٠) . والآن بعد أن جعل التفتين المدق الجديد نقل ملكية العين المؤجرة هو الذى يفسخ الإيجار اللاحق ، فلا يزال ما قلناه فى هذا التصدد صحيحاً .

ويمكن القول أيضاً ، فى عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لو باع شخص آخر أرضاً زراعية بمقد ثابت التاريخ ، قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج الهامة ، يضيف المقام هنا عن بعضها .

(١) والتسجيل فى نظم السجل العقارى يتم بموجب عقد مجرد (acte abstrait) ، غير عقد البيع . فعند البيع ينشأ التزاماً بنقل الملكية ، والعقد المجرد أى التسجيل هو الذى ينفذها تنفيذاً لهذا الالتزام . (م ٣٤ - الوسيط - ٤)

فيجب إذن ، في نظام الشهر الشخصي ، أن يؤدي كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية ، إذ هو السبب في نفاها . ولا يترأخى المسبب عن السبب إلا لما منع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من أعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فمهمته كما قدمنا لإعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فيها اللذان باشراه . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من أعمال السبب في الحال ، فوجب أن يترأخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهي إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصي أن يترأخى أحد الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، وإلا انتقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية منه دون أن نحتاج للنواحي الأخرى .

ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطرة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فعنى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع (١) ، ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني (٢) .

(١) أو إذا نقل البيع الملكية فلا بد أن يكون مسجلاً ، ومن ثم يصبح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل ، وهذه نظرية قد هجرت منذ عهد بعيد كما سبق القول .

(٢) والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فادعنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحدثة لا تترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف منتجع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتفاها بالتسجيل في حق الغير . =

أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية (١) ، فلا من أعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضي إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ

== أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا في نظام الشهر العيني حيث التسجيل ذاته هو الذي ينقل الملكية ، فيجب أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

ويؤيد ما نقول أن الناس لم يتبادر إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره . ويقول الأستاذ أنور سلطان (ص ١٩١) : « وعلاجا لهذا الحالة أصدر المشرع عدة تشريعات لجأ فيها إلى طرق مختلفة لحمل الناس على تسجيل عقودهم » . ويقول الدكتور محمود شوقي في كتاب الشهر العقاري علماً وعملًا (ص ٣٩ - ص ٤٠) : « ولقد حارل الشارع منذ سنة ١٩٤٢ أن يعالج كل نقص بعد قانون سنة ١٩٢٣ ، وذلك بقوانين وقرارات مختلفة أهمها : (١) المرسوم بقانون الصادر في أول نوفمبر سنة ١٩٢٥ بتخفيض الرسم النسبي المخصص على تسجيل بعض العقود ، وذلك بحمله ٣ ونصف في المائة بدلاً من ٥٪ . وقد قصد المشرع بذلك إلى تشجيع جمهور المتعاملين على إجراء الشهر نظراً لما لاحظته من قلة الإقبال عليه رغم شدة الجزاء المترتب على ذلك الإهمال . (٢) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ والذي يقضى بتسجيل العقود المتتالية ... (٣) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ المنفذ بالقرار الصادر في ١٣ يولييه سنة ١٩٢٨ والمتضم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ وكلها تتضمن : (أولاً) وجوب تحصيل رسم التسجيل عند التوثيق أو التصديق على التوقيع . (ثانياً) منع الحاكم من إثبات تاريخ المهررات التي أوجب القانون شهرها .. (ثالثاً) تنظيم الرقابة المفروضة على البيانات التي يجب أن تشتمل عليها العقود واجبة الشهر . (٤) القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذي حرم ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٣ قبول تسجيل العقود التي تستند إلى ثبوت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ على وجود إمضاء أو ختم لإنسان ترقى ، نظراً لما لوحظ من شيوع التزوير . (٥) القرار الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ الذي يقضى بعدم قبول العقود العرفية التي لم يثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ كأصل للملكية في المهررات الرضائية المقدمة للشهر إلا إذا كانت هذه العقود قد سبق أن تقدمت في مهورات تم شهرها » .

(١) وتقول محكمة النقض إن « الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح الناقض للملكية ، وثانيهما تبعي وهو التسجيل . وإذا فاقم العقد الصوري المبني على الفسخ والتدليس لا يصحها التسجيل » (نقض مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة مهر رقم ٦٨ ص ١٨٣) .

- لماذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص . ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل ، مطاوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع انتسرف ولا شأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين (١) . مثل ذلك مثل البيع مع خيار التعيين ، ففي هذا البيع التزم البائع أن ينقل ملكية أحد شيئين يختاره المشتري ، فوجب

(١) ويقرب الأستاذ جميل الشرقاوى كثيراً من هذا الرأي عند ما يذهب إلى أن التسجيل في البيع يعمل بالسند لا بالتصرف ذاته ، وأثره منحصر في منع السند قوة إثبات الحق قبل الغير : وتختلفه يؤدي إلى سلب السند هذه القوة ، أما التصرف نفسه فلا يتأثر بعدم التسجيل . من حيث إنتاجه جميع آثاره فيما بين المتعاقدين ومنها نقل الملكية . ويقول في هذا الصدد : « وما دنا فلم بنام الاتفاق على البيع وصحة التصرفات المكونة له قبل إتمام التسجيل ، فمنى هذا أن ترتب آثار التصرف التي يتم بها البيع ، بمعنى أنه يذشأ على عاتق المشتري التزام بالتمن وعلى البائع التزام بالتسليم والالتزام بالضمان ، ضمان فعله وفعل الغير . ولذا فان تنفيذه هذه الالتزامات من جانب المشتري بالرفاء بالتمن ومن جانب البائع بالتسليم رفاء صحيح لالتزامات قائمة ، ولا يستطع البائع أن يطالب برد حيازة المبيع بحجة أن الملكية لم تنتقل لأن تسجيل العقد لم يتم . ومن هذا يبدو أنه لا مناص من التسليم بأن الملكية تنتقل بين البائع والمشتري بمجرد التراضي ، ذلك أن نعر القانون على صورته الحالية لا يمكنه أن يمنع انتقال كل ميزات حق الملكية للمشتري في مواجهة البائع ... وأحكام بحجة النقص المصروفة تفترض في قضائها انتقال الملكية رغم عدم تسجيل ، ولعلها تعبر عن ذلك في قولها .. إن المشتري متصرف إليه ، أى مشتري وليس دائماً عادياً ، أى أنه يقتضى من البائع كل التزاماته . ويظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر جدية - لأنه يتعلق بترتيب نتائج على هذا الافتراض - في قضائها السابق على هذا الحكم بأن البائع إذا بقى في عقار داهه بمقد غير مسجل فهو بان في ملك غيره ... ولذا فاننا نتساءل عن معنى عدم انتقال الملكية بين البائع والمشتري إلا بالتسجيل ، ما دام المشتري يحصل على كل ميزات حق الملكية في مواجهة البائع . ويبدو أن واضع هذا الحكم لم يفكر كثيراً في معناه من هذه الناحية ، وإنما كان قدسهم بوضع على هذه الصورة إظهار قصد المشرع إلى التشدد في طلب التسجيل ، لما لوحظ من إهمال المصيرين القيام بإجراءات التسجيل » (الأستاذ جميل الشرقاوى في رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني ص ١٥٦ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً كتابه في البيع ص ١٦٤ وهامش رقم ١ من هذه الصفحة) .

التربص حتى يتم إجراء الاختيار، وهو إجراء يقابل إجراء التسجيل في بيع العقار، فإذا ما تم انتقلت الملكية إلى المشتري ولكن من وقت البيع لا من وقت إعمال الخيار (١).

وإذا كان المشرع قد قصد أن يبحث للناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم،

(١) ولا يمتنع على هذا التفسير بأن التسجيل إجراء قانوني وليس شرطاً واقعياً يرجع إلى الإرادة، بينما خيار المشتري شرط واقف، يرجع إلى الإرادة. فقد بينا في الجزء الثالث من الوسيط أنه لا يجوز أن يكيف الخيار في الالتزام التخييري بأنه شرط واقف، وقلنا في هذا الصدد ما يأتي: «ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييري بأن كلام من عماله المتعددة واجب الأداء مطلقاً على شرط اختيار، وقد كان بعض الفقهاء الذين يسمون بضمون إلى ذلك. ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول، أما الاختيار في الالتزام التخييري - اختيار على ما - فهو أمر محقق لا بد من حصوله. وإذا هو لم يحصل من له حق الاختيار بالذات، فإنه لا بد حاصل من أقامه القانون مثلاً: القاضي في حالة ما إذا كان الخيار للمدين، والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٨٩). وقلنا في مكان آخر: «وأما كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فإنه متى أعمل حقه واختار المهل الواجب الأداء على النحو الذي قد ساء، صار هذا المهل وحده هو محل الالتزام.. ويستند هذا التمييز بأثر رجعي إلى الماضي.. وليس هذا الاستناد إلى الماضي يرجع إلى أن المهل المعين كان محلاً للالتزام مطلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار، فقد قلنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام شرطى. وإنما يرجع الاستناد إلى أن المهل الذي عين كان منذ البداية محلاً للالتزام، إلا أن هذه العملية كانت شائعة بينه وبين المالك الأول، فتمتعيته تركزت المحلة فيه.. ويتربص على هذا الأمر الرجعى... (٢) إذا كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء متعددة، ووقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كافي المنقول المعين بالذات، فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار، ويعتبر الدائن مالكا لشيء منذ البداية» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٩٧).

ولا يقاس دور التسجيل بدور الإفراز في نقل ملكية الشيء غير المعين إلا بالنوع، فيقال كما أن الإفراز ينقل الملكية من وقت تمامه لا من وقت البيع فكذلك التسجيل (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم الهمداني في فقرة ٢٠٧ ص ٣١٤ - ص ٣١٥). ذلك أن التسجيل إنما يكون في عقار معين بالذات، فلم تستعص طبيعته على أن يكون نقل الملكية فيه بين المتعاقدين من وقت العقد، وهذا ما تقرر في خيار التعيين حيث كل من الشئيين معين بالذات. أما في الإفراز فالتعيين غير معين بالنوع، فطبيعته تستعص على أن تنتقل ملكيته إلا من وقت التعيين، إذ الملكية لا تنتقل إلا في شيء معين بالذات.

ونرى من ذلك أن المشتري غير المسجل ليس بمجرد دائن عادي، بل تسميه محكمة النقض المشتري أو المتصرف إليه. ويصف القضاء المختلط حق هذا المشتري بأنه «حق مضاف إلى العقار (jus ad rem)، تمييزاً له عن محضر الحق الشخصي (jus in personam)، وتقريباً له من الحق المعين (jus in rem)».

فمن على وجوب التسجيل لانق탈 الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، فإن الواجب إعمال النص ، ولكن يجب في الوقت ذاته التوفيق بينه وبين النظام القانوني في مسرع . ولا يتم للمشرع قصده كاملاً إلا إذا انتقل إلى نظام الشهر العيني ، فأدخل السجل العقارى . وعندئذ يكون التسجيل لا البيع هو الذى ينقل الملكية ، ولا تنتقل إلا من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

كل هذه الاعتبارات قد واجهت الفقه والقضاء فى مصر ، فأحسا وجوب العمل بالنص ، وهذا حق . ولكنها كانتا مدركين أن البيع ظل على طبيعته من غير التراضى ، ولم يصبح عقداً شكلياً يتم بالتسجيل (١) . واقتضى هذا أن يترتب على البيع جميع آثاره ومنها نقل الملكية ، ما لم يحل دون ذلك طبيعة التسجيل ومهمته . فواجه الفقه والقضاء المسائل التى لا يقوم فيها هذا الحائل ، التى يتعين فيها القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، فى بعضها وصل إلى هذه النتيجة ، ولكنها اتسما للرصول إليها طرقاً أخرى استمداها من طبيعة البيع ذاتها ، وكان فى وسعها ما دام قد ساراً طبيعة البيع أن يلتزماها إلى النهاية ، وأن يقولوا بأن البيع هو الذى ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين فوجب أن ينقلها من وقت تمامه لا من وقت إجراء التسجيل . وفى مسائل أخرى اضطرب الأمر ، وغلب ظاهر النص على طبيعة الروابط القانونية ، فانجبه الفقه والقضاء اتجاهات متعارضة مع طبيعة البيع ومع مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى .

٢٨٦ - القول بالأثر الرجعى لا يتعارض مع نصوى القانون :

ولا يقتصر القول بالأثر الرجعى على أنه هو القول الذى يتفق مع القواعد العامة

(١) أنظر مثلاً ما أجاب الأستاذ جميل الشرقاوى : « ونحن نعتقد أن مبادئ فكرة الأثر الرجعى للتسجيل يعجز عن هذه المكرة من إحساس بمثل ما جعلنا نقول إن العقد غير المسجل ينقل فى الواقع الملكية إلى المشتري فى العلاقة بينه وبين البائع . والدليل على ذلك أنهم يربطون بها تفسير حق المشتري فى الثمار وتحريم البناء أو الفراس فى العقار المبيع على البائع ، وهى أحكام لا تبور فى القانون إلا مع التسليم بالملكية للمشتري » (الأستاذ جميل الشرقاوى فى البيع ص ١٦٩ هامش رقم ٢) .

على النحو الذى بسطناه ، بل هو لا يتعارض مع نصوص القانون ، فليس فى هذه النصوص نص يمنع من الأخذ به .

فالمادة الأولى من قانون التسجيل تنص على أن جميع العقود صادرة بين الأحياء . . . والى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . فالنص يوجب تسجيل عقد البيع ، ويترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيها بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ماورد فى النص صراحة أو دلالة . ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا سجل البيع . فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى ، وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون التسجيل . فهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فإدامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك .

وبالرغم من أن الرأى الذى نقول به كان قائماً فى الفقه وقت صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن هذا القانون قد صدر وهو لا يكاد يختلف فى صياغته عن قانون التسجيل ، وليس فى نصوصه ما يتعارض مع القول بالآثر الرجعى . فقد نصت المادة التاسعة منه على أن جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر

العقارى . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد الصدد ما يأتى : « أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد (١) .

٢٨٧ - ثانياً - نقل الملكية بالنسبة الى الغير - هل يشترط

مضى البتة فى المشتري الرضى سجل عقده أولاً - فقرة عامة : قدما أن انتقال الملكية بالنسبة الى الغير يكون بالتسجيل ومن وقت إجراء التسجيل . فلو شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى يعتبر المشتري الأول من الغير (٢) ومن ثم لا تنتقل إليه الملكية إلا من وقت تسجيل عقده .^١ كان المشتري الثانى قد سجل عقده أولاً فقد انتقلت إليه الملكية ، فلا يمكن بعد ذلك أن تنتقل إلى المشتري الأول حتى لو سجل عقده بعد ذلك ، ولهذا يفضل المشتري الثانى فى هذه الحالة على المشتري الأول . ورى من ذلك أنه إذا اشترى شخصان متعاقبان عقاراً واحداً من مالكه ، كان أسبقهما تسجيلاً هو المفضل ، فلا يسرى فى حقه البيع المتأخر فى التسجيل ولو كان هذا البيع أسبق فى التاريخ الثابت (٣) .

وبخلص من ذلك أن المشتري لعقار إذا بادر إلى تسجيل عقد شرائه فلم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤١ .

(٢) وقد قدما عند الكلام فى التقنين المدنى السابق كيف يكون تحديه الغير فى التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩) .

(٣) ويشترط فى التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقدم الخمسى إذا كان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صورى ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولو سجل بعد ذلك .

يسبقه أحد ، تنتقل إليه الملكية ، حتى بالنسبة إلى شخص اشترى نفس العقار قبله . فهل هذه القاعدة مطلقة ، أو هي مقيدة بحسن نية المشتري الذى سجل أولاً ؟ يمكن أن نتصور فى هذه المسألة حلولاً ثلاثة :

(الحل الأول) أن يشترط فى صحة التسجيل أن يكون المشتري حسن النية ، فلا يكون وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق . فإذا كان عالماً به لم يكن حسن النية ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده أولاً .

(والحل الثانى) ألا يشترط حسن النية فى التسجيل ، ويكفى اشتراط عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذى سبق إلى تسجيل سنده حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، ما دام غير متواطئ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول الذى تأخر فى تسجيل سنده . أما إذا كان متواطئاً مع البائع ، فإنه لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده . وهذا الحل يجعل للتسجيل قوة أكبر من القوة التى يجعلها له الحل الأول .

(والحل الثالث) ألا يشترط فى صحة التسجيل لاحسن النية ولا عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذى سبق إلى تسجيل عقده ، حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول . ويرجع المشتري الأول الذى فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع ، ويرجع على المشتري الثانى أيضاً بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع . ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار ، فقد خلصت ملكيته للمشتري الثانى بالتسجيل . وهذا الحل يجعل التسجيل فى أعلى مراتبه من القوة ، فيكاد يدانى فى قوته التسجيل فى نظام الشهر العيني . ولا يجوز فى هذا الحل الأخير للمشتري الأول أن يطعن فى البيع المسجل إلا بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروطها . فيجب إذن أن يكون البائع معسراً ، ونمى لنمى لتصور ذلك أنه كان لا يملك إلا العقار الذى باعه ، فلم يعد عنده مال للوفاء بتعويض المشتري الأول . فى هذه الحالة يستطيع المشتري الأول ، وهو دائن للبائع بالتعويض ، أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ فى حقه . ولكن العقار لا يتخلص بملكته للمشتري الأول ، ولا يستطيع إلا أن ينفذ عليه بالتعويض الذى له ، فيأخذ التعويض من ثمنه بعد بيعه فى المزاد

الجبري ، وبزاحه في هذا الفن دائرو البائع الآخرون وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية ، وهكذا نرى أن للتسجيل في هذا الحل الثالث أكبر مراتب القوة ، فهو حتى إذا طعن فيه بالدعوى البولصية وأصبح غير نافذ في حق المشتري الأول ، لم تخلص لهذا المشتري ملكية العقار ، بل لا يكون له عليه إلا حق التنفيذ بالتعريض على الوجه الذي قدمناه .

وبخاص من ذلك أن هناك تدرجاً في قوة التسجيل بحسب الحل الذي يؤخذ به . فاضعف ما يكون التسجيل عندما يشترط في صحته حسن نية المشتري . ثم يتدرج في القوة إذا لم يشترط حسن النية ، ولكن اشترط عدم التواطؤ . وأقوى ما يكون التسجيل إذا لم يشترط لا حسن النية ولا عدم التواطؤ ، فلا يبقى إلا الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان البائع معسراً ، ولا تخلص للدائن ملكية العقار في هذه الحالة ، بل لا يكون له إلا حق التنفيذ .

فأى رأى من هذه الآراء الثلاثة هو الواجب الأخذ به ؟ يختلف ذلك باختلاف المهود الثلاثة : عهد التقنين المدني السابق وعهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقاري .

٢٨٨ - شرط حسن النية في عهد التقنين المدني السابق - اهالة :

وقد قدمنا أن الرأى الرابع في عهد التقنين المدني السابق هو اشتراط حسن النية في المشتري لصحة التسجيل ، وبيننا أصانيد هذا الرأى ، وأنه يعتمد على نص صحيح في التقنين المدني السابق ، موطنه المادة ٣٧٠/٣٤١ من هذا التقنين ويجرى على الوجه الآتي : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة الغير المتعاملين عن قوى القادة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، حتى كانت عقودهم عجيبة على سبب صحيح موهوطة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها (١) . » وبما ذكرنا أن هذا الرأى كان ينازعه رأى آخر يذهب إلى عدم اشتراط حسن النية ، والاكتفاء باشتراط عدم التواطؤ . بل كان هناك رأى متطرف ، مالمثل أن

(١) النص الفرنسي لمساواة « لا يعلمون ما يضر بها » هو : « كما قدمنا : qui sont de bonne foi »

هجر ، يعتد بالتسجيل إلى أقصى حد ، فلا يهدره ولو كان المشرع سيء النية ، بل ولو كان متواطئاً ، مادام عقد شرائه عقداً جدياً ، فإن كان عقداً صورياً لم يكن له وجود ولا يعتد به حتى لو سجل . ونكتني هنا بالإحالة إلى ماسبق أن بسطناه في كل ذلك (١) .

والرأى الراجع من هذه الآراء الثلاثة ، وهو الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية لصحة التسجيل ، ينزل بالتسجيل إلى أضعف درجة من القوة كما سبق القول .

٢٨٩ - شرط حسن النية في عهد قانونه التسجيل : أما في عهد قانون التسجيل ، فقد استبعد لأول وهلة الرأى الأول الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، حتى يرتفع التسجيل إلى درجة أقوى مما كان عليه في عهد التقنين المدنى السابق . وأمكن استبعاد هذا الرأى الأول بحجة من ظاهر النص ، فقد كانت المادة الأولى من قانون التسجيل لا تذكر شرط حسن النية كما كانت المادة ٢٧٠ / ٣٤١ من التقنين المدنى السابق لا تذكر هذا الشرط . ثم تأتي المادة الثانية من قانون التسجيل ، وهى التى تعرض للحقوق والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية فتشترط في التسجيل ألا يداخله التدليس ، إذ تقول في الفقرة الثانية منها : « فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات ، فلا تكون حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا دأخلها التدليس » . فاستخلص من عدم اشتراط حسن النية في العقود المنشئة واشتراطه في العقود الكاشفة ، أن حسن النية غير مشروط لصحة تسجيل البيع (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩ .

(٢) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٤ ص ٧٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٥٢ ص ٦٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٧٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٥ - ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٤٤ ص ١٩٠ (وقد اشترط هذا الحكم حسن النية لصحة التسجيل) .

ولكن بقي الرأي الآخران يتنازعان القضاء والفقه . فرأى يذهب إلى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، فإنه يشترط عدم التواطؤ (١) . ورأى آخر يذهب إلى أن دون التسجيل قد قضى على نظرية التواطؤ ، فيجب تعميل المشتري الثاني الذي سجل أولاً ، حتى لو كان سيء النية ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع (٢) .

(١) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أنه بما يحاق الدالة ألا يكون للتواطؤ جزاء، وإلى أنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما يخص فيه قانون التسجيل وهذه القواعد لا تفر الأعمال المنطوية على التواطؤ ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم تقصد أن تقول إن هذا القانون قد أراد القضاء على نظرية التواطؤ وإنما قصدت أن تقول إنه قد حسم النزاع فيما يتعلق بحسن النية وسوء النية ، وإلى أنه لا يتفق مع المطلق أن يكون حق المشتري يعقد غير مسجل سليماً في مواجهة البائع ثم يصبح بعد تواطؤ الغير مع البائع حقاً مطلوب القوة : حكم الدوائر المحترمة لهيئة استئناف مصر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٢٣١ ص ٣٠٨ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ - رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٢٦٣ ص ٩٠٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٣٣ - استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٥ .

وانظر الأستاذ عبد السلام ذهبي في الفسخ والتواطؤ والتدليس في التسجيل - الأستاذ أنور سلطان

فقرة ١٨٢ ص ٢١٣ هامش رقم ٣ وص ٢١٧ - ص ٢١٨

(٢) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن قانون التسجيل قد أبقى على نظرية التواطؤ في المقود الكاهنة وأعطى لها في المقود المنشئة ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صرحت بأنه يراد حسم المنازعات العديدة في الفصل في مسائل حسن النية وسوء النية ، وإلى أن قانون التسجيل قد غطى خطوتين لإدخال نظام السجل العقاري فجعل انتقال الملكية بين المتعاقدين مرتبطاً بالتسجيل وحده وقضى على نظرية سوء النية والتواطؤ ، وإلى أن المشتري الثاني يتعاضد مع البائع ولا يزال مالكاً للبيع ، وإلى أنه لا محل للمسك بالمادة ٢٧٠/٢٤١ مدي سابق لأن قانون التسجيل قد نص في المادة ١٦ منه على إلغاء كل نص يخالف أحكامه . انظر من هذا الرأي : استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ =

وقد أخذت محكمة النقص بهذا الرأي الآخر ، وقضت بأنه لا يشترط لصحة التسجيل لإحسن النية ولا انعدام التواطؤ ، فإذا تصرف المالك ، بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل ، لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً . فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعاق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سبيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . وإذن فلا تنال من أى إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً الملك فعلاً إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حقةً عينياً على العقار يخرج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب التمدد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (١) . فارتفعت محكمة النقص ، بهذا

== رقم ٢٢٠ ص ٧٠٦ — استئناف أصبوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤ .

وأنظر الأستاذين أحمد نجيب الملالي وحامد زكى فقرة ٤٦٩ — الأستاذ أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٧٢٩ .

وأنظر فى عرض الرايين : الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ — الأستاذ محمد عل إمام فقرة ١٦٩ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٢ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات فقرة ١٦٥ وما بعدها — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٣ ص ١٦٥ — ص ١٦٧ — الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٣ — ص ١٧٦ — الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢١٤ — فقرة ٢١٧ .

(١) نقص مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . ويقول نفس الحكم أيضاً ما يأتى : « ولا يجوز التحدى بعبارة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدنى ، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدنى الذى كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول ، وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائياً ، كما نست المادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه ، وإذن فملك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقياً ، والدعوى ابلوعية المشار إليها بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى هى دعوى شخصية يرفعها دائر لإبطال تصرف مدية الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ بدينه على الملك المتصرف فيه والذى كان يستند عليه الدائن لفهمان استعادته بحقوقه ، وليس من تناقض هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب إبطال التصرف فيه » .

الرأى الذى اعتنفته، بالتسجيل إلى أعلى مرتبة من القوة. ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول، الذى نواطأ البائع والمشتري الثانى على الإضرار بحقه، يصبح محروماً من الحماية. لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض للتسجيل فيسطله للتواطؤ. ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض وبتقاضاء مما عنده من مال، إن كان البائع موسراً. فإذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذى سبب الإعسار أو زاد فيه، جاز للمشتري الأول أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ولكن لا لتثبيت ملكيته فى العقار المبيع، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له (١)، وبزاحمه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذى قدمناه (٢).

= وانظر أيضاً: نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ - ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٩ ص ٢٠٧ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٢٣٠. استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٥ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٢٥٤ ص ٧١٣ - استئناف اسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢١٥ - وقارن: نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣.

(١) قانون الأستاذ أنور سلطان بقرة ١٨٢ ص ٢١٨.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسوط فى هذا المعنى بأنه يجوز للتصرف إليه الأول بمقتضى غير مسجل أن يرفع دعوى عدم نفاذ العقد الثانى المسجل، إذا توافرت شروط الدعوى البولصية، ولم يمتنع أى مانع عاقل من صحة أن يبطل التصرف المذموم لئلا يستلزم استرداد الثمن الذى دفعه أو الحصول على التعويضات التى يحددها. على أنه لا يمتنع أن لا يرفع من هذه الدعوى إلا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثانى لرحل بطلان التصرف الأول غير المسجل، فإن الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض، تعتبر تحايلاً على مخالفة قانون التسجيل، فمحصلاً عن أن الدعوى البولصية فى الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف، وإنما تهدف إلى الحد من ضرر من سببه فى حق الدائن الذى يتضرر من أثر التصرف فى مال مدينه. لذا ويجوز فى هذا الحالة ما يقضى به من زلات المحكة فيها وأصبحت غير مقبولة. ومن ناحية دلائل واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها بأن يدفعوا المال الثانى يرجع إلى مدينهم (٣ يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ١٧). ثم قضت محكمة النقض أخيراً بأنه إذا تمتثلت الشروط المقررة للرفع بالدعوى البولصية، فإن دعوى عدم نفاذ ملكية الدين بالتصرف فيها إلى البائع، ويكون من حق المشتري الذى يسجل بمقتضى بطلان العقد الثانى للتنفيذ عليها جبراً استيفاء دينه. وليس من شأن هذا التنفيذ أن يحدد هذا المشتري إلى بيت عقد الابتدائى ومنازلة المحكم بصفته ونفادته،

ولم ينهل محكمة النقض العقد الذى سجل أولاً إلا فى حالة ما يكون عقداً
صورياً ، فهو عند ذلك لا وجود له ولا يعتد به (١) .

== لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده محملاً بحق المشتري الذى
لم يسجل بوصفه دائناً للبائع ، وليس لدائر ومقام التنفيذ بدنه أن يطالب بملكية العقار الذى
يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨
ص ١١٨٥) . وقضى نفس الحكم بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن طلبات المشتري التى لم
يسجل عقده أمام محكمة الموضع قد تحددت بصفة أصلية واستقرت هل التمسك بطلب إبطال
التصرف الصادر من البائع إلى المشتري الذى سجل عقده تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدنى
القديم ، فإن إضافته إلى ذلك طلباً آخر هو الحكم بصحة ونفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب
الأصل فى الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعوى التوليدية ، وتكون المحكمة إذا
اعتبرت الدعوى مفاضلة بين عقدين لجرده هذه الإضافة ، وأهملت حكمها على ما بين الطرفين من
تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما دون أن تعرض لبحث طلب إبطال التصرف استقلالاً ، قد
خالفت لمبادئ (نفس الحكم السابق) . وكانت محكمة النقض قد قضت قبل ذلك بأنه لا يجوز
الجمع بين دعوى تثبيت الملكية فى العين المشتراة والدعوى التوليدية ، لأن كلا من الدعويتين تتناقض
مع الأخرى (نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

وقد سارت محكمة النقض الإيطالية إلى مدى أبعد من هذا ، فلم تسمح حتى برفع الدعوى التوليدية
على النحو الذى بسطناه ، بدعوى أن المشتري ليس له حق شخصى محض ، بل هو حق شخصى يربو
إلى تمكك المبيع ، وقال هذا الحق هو أن يعدر حقاً عينياً . والدعوى التوليدية لم تشرع إلا لحماية
الحقوق الشخصية التى لا يقصد بها الحصول على الملكية ، فلا يكون للمشتري إلا مطالبة البائع
بالتنفيذ المدفوع له من المشتري الثانى إذا وجد . وماله (أنظر الحكم منشوراً فى مجلة مصر المعاصرة
سنة ١٩١٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - والحكم منتقد من بعض فقهاء القانون الإبطال - أنظر
مقالاً للأستاذ كاديمنوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٧ - برناردى فى مجلة
مصر المعاصرة سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ - وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى
فقرة ٢٧٣ ص ٢٧٤ هامش رقم ١) .

أما محكمة النقض الفرنسية فتقضى بأن التواطؤ يبطل التسجيل ، وتفضل المشتري الأول
المتأخر فى التسجيل على المشتري الثانى الذى سجل أولاً إذا كان هذا المشتري الثانى قد توأما
مع البائع ، ولا يكتفى أن يكون سبب التوبة (نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ والفرز
١٣ يولية سنة ١٩٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقده
شرائه ، لا يجوز دون نقل الملكية - على ما جرى ن قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشتري
عالمًا بأن البائع له أو مورثه متى أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت
أن عقد المشتري المسجل هو عقد صورى . ولا ينتج فى إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشتري
وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدنى ٣١ ديسمبر
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢) - وانظر أيضاً : نقض مدنى -

إذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدفوعة إلى تحصين التسجيل كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل .
 رى ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصى الذى لا تزال فيه حتى اليوم . ففى نظام السجل العقارى يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك ضمانات قوية لصيغة بهذا النظام بأن بها المتعاملون من أن تضيق عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحرى ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً دقيقاً ، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقارى ذاتها . أما وهذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصى القائم ، فلا ترى بداً من الاعتماد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثانى الذى سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع (١) .
 وفى رأينا أن خير طريق لتحصول إلى هذه النتيجة هو الطعن فى البيع المسجل الدعوى البولصية ، ولكن لا على النحو الذى نذمب إليه محكمة النقض ، بل على نحو خاص منمرد إليه فيما يلى (٢) .

٢٩٠ - شرط حسن النية فى قانون تنظيم الشهر العقارى :
 كانت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجه

٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ من ١٠٢ - ١ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ من ١٨٢ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ من ٧٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ من ٢٢١ - ١ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٤ رقم ٩١ من ١٨٨ - ١٩٤٦ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ من ١٢٢ - ١٧ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٨ من ٨٠٩ - ١ أول ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١١٠ من ١٥٣٦ - ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٧ من ٢٠١) .

(١) الأستاذ محمد السلام فنى فى التذييل من ٤٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال ومحمد (٢) فقرة ٢٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٧ من ١١٧ - الأستاذ محمد الفتاح فى الباقى فقرة ٥٠٣ - الأستاذ محمد الشرباشى من ١٦٦ - الأستاذون شهاب ٣٨ ديه ١٠ سنة ١٩٢٧ م ٥٠ من ٧١ - ٨ فبراير سنة ١٩٣١ م ٥٠ من ١٢٢ .
 (٣) أنظر ما يلى فقرة ٢٩٠ فى نفس الفقرة . برأى الشرباشى فى فقرة ٤٨٨ من ١٠٣٠ ومماشى رقم ٥ .

الرأين اللذين يتنازعان الفقه والقضاء في هذه المسألة : الرأي الذى يذهب إلى أنه : بشرط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، والرأى الذى يذهب إلى أن التسجيل يكون صحيحاً ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البولصية ودعوى الضرورية وهو الرأى الذى ساد فى العمل أخيراً بعد أن أخذت به محكمة النقض كما رأينا . وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذى قام بين الأعضاء فى هذا الصدد فى العبارات الآتية : « وفى أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين . يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدليس يفسد كل شيء . بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذى أصدرته محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى ، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بأامة إجراءات نظام السجل العيني فيما عدا إمساك السجل ، والسجل العيني لا يعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه إلغاء التسجيل . وأضاف الفريق الثانى إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطى للتسجيل قوته وحجته ، ولا داعى للتردد الذى كان سبباً فيما شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلته غير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل العيني . أضف إلى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح فى هذا المعنى . وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلاً ، إلى أن انتهى الرأى إلى أن حكم محكمة النقض صدر بالمعنى الوارد به نصراً للخرج الذى كانت (المحكمة) أمامه من وجود نص صريح على التدليس فى المادة الثانية وعدم وجود هذا النص فى المادة الأولى . ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كمصدر من مصادر التشريع ، فيقال إن محكمة النقض ترى فى أى الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات . ولذلك رأت اللجنة أن تزيل هذا الخرج ، فلا تنص على التدليس فى المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ ، كما تزيل النص على التدليس فيما يلى ذلك من المواد التى تقابل المادة الثانية من القانون القديم . وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقارى غفلاً من النص على التدليس فى أى مادة من مواده ، أى أن المشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض

الأمر على القضاء (١) .

ويبدو أن اللجنة - عن قصد أو عن غير قصد - قد رجحت الرأي القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأي الذي أخذت به محكمة النقض . فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص في أن التواطؤ لا يعتد به في العقود المنشئة . ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل في نصوصه هذه الحجة القوية ، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، وتسكت المادة الأولى عن هذا النص في عقود المنشئة ، فيسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقاري المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك أيضاً في المادة التاسعة في العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع استخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، ومركولاً أمره للمبادئ العامة على النحو الذي قصدت إليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجح أن يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما ترى أن قانون الشهر العقاري لم يلتزم السكوت عن هذه المسألة ، ولم يصدر كما قبل غفلاً من النص على التدليس في أية مادة من مواده . فقد نص ، في ممدد تسجيل الدعاوى ، في المادة ١٧ منه على أنه : « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي اكتسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . ولما كانت المادة ٤١ من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها

(١) الدكتور محمود شوق في الشهر العقاري علماً ومعلماً ٢١٢ - ص ٢١٢ - وورد في مجلة الإحصائية لمصر قانون الشهر العقاري : « وفي صدد التدليس لم ير محل لنص عليه ، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة للحقوق ، لا ككتاب ولا بقى أحكام التواعد العامة في هذا الشأن » .

دعوى صحة التعاقد ، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية . فإذا سجل المشتري الثانى عقده ، ولم يجد المشتري الأول مناصاً من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع ، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشتري الثانى ، فله أن يحتج على المشتري الثانى بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والمفهوم أن حسن النية هنا معناه أن المشتري اسئى كان يعلم وقت أن اشترى بصدور تصرف سابق من البائع فى نفس العقار . وبمخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستنتج من الجمع بين المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذى كان مفهوماً فى التقنين المدنى السابق ، مشروط لصحة التسجيل .

ولعل واضعى قانون الشهر العقارى لم يقصدوا إلى تقرير هذا الحكم ، فهم إنما قصدوا ترك المسألة إلى المبادئ العامة بعد أن انتزعوا من أصحاب الرأى القائل بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل أقوى حجة لهم من ناحية النصوص . وقد كان من الخير ، فى مسألة هامة كهذه المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكماً خطيراً قد يكون محلاً للنظر ، أن يحسم قانون الشهر الخلاف فيها ، فبين الحكم الذى ينتهى إليه تطبيق المبادئ العامة بدلاً من ترك الأمر للفقهاء والقضاة ليعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلاً ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقهاء الرأىان اللذان كانا يتنازعانه قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب إلى أن التواطؤ يفسد التسجيل ، ورأى آخر يذهب إلى أنه لا يفسده . بل إن الخلاف قد زاد برجوع رأى ثالث كان قانون التسجيل قد قضى عليه ، وهو الرأى الذى يذهب إلى أن سوء النية وحده يكتفى لإفساد التسجيل إذ حسن النية مشروط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأى أن يستند إلى نصوص قانون الشهر فى مادته الخامسة عشرة والسابعة عشر .

وأمام هذا الخلاف لا يسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مع المبادئ العامة ، كما قصد إلى ذلك واضعوا قانون الشهر . ومن ثم يتعين متبعا للرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية فى التسجيل واستبعاد الرأى

الذى يذهب إلى أن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، والوقوف عند الرأى الذى يذهب إلى أن حسن النية ليس مشروطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده . أما أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكن أن يكون واضحاً قانون الشهر العقارى قد قصدوا إلى ذلك ، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة للمبادئ العامة (١) . وليس من المصلحة الرجوع فى خطوة خطاها قانون التسجيل عندما قضى على شرط حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بازائه عاملاً

(١) والواقع أن واضع قانون الشهر العقارى قد جاوزوا الغرض الذى قصدوا إليه عند ما نقلوا المادة ٢/١٧ من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل فقد كانت الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون التسجيل تنص على ما يأتى : « وتسق حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأثير المشار إليهما خاصة لتتضمن والمبادئ السارية وقت اكتسابها » . وكانت النصوص والمبادئ المشار إليها فى هذا النص تتضمن التقنين المدنى السابق ومبادئه ، وهذه كانت تقتصر على حماية الدائن المرتهن حسن النية إذا استمد حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعى ، فيبقى هذا الحق بالرغم من الأثر الرجعى ما دام مقيداً قبل تسجيل صحيفة الدعوى . أما غير الدائن المرتهن ، كمشتر من زالت ملكيته بأثر رجعى أو مشتر من غير مالك أصلاً ، فلم يكن يحبه نص قانون التسجيل حتى لو كان قد سجل سنته قبل تسجيله صحيفة الدعوى وكان حسن النية . ونقل قانون الشهر هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه على الوجه الآتى : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأثير أو التسجيل المشار إليهما » . فمثل حمايته ، لا الدائن المرتهن فحسب ، بل أيضاً المشتري وكل من كسب حقاً عينياً على العقار كان يهدده الأثر الرجعى لزوال الملكية ، وذلك إن وقت تسجيل صحيفة الدعوى . واشترط لحماية هؤلاء أن يكونوا حسن النية ، أى غير عاقلين وقت أن كسبوا حقوقهم بما يرد ملكية سلفهم من زوال بأثر رجعى .

فلما أضاف النص إلى دعاوى زوال الملكية بأثر رجعى دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد ، أدخل فى زمرة الأشخاص الذين تشملهم الحماية أشخاصاً من نوع آخر . فهؤلاء الأخيرون لا يستمدون حقوقهم من مالك يتسبب ملكيته الزوال بأثر رجعى ، بل يستمدونها من غير مالك أصلاً فى حالة دعاوى الاستحقاق ، ومن مالك سبق له التصرف فى ملكه فى حالة دعاوى صحة التعاقد . فكان ينبغي أن يعامل كل بما يقتضيه مركزه . أما من يستمد حقه من غير مالك أصلاً ، فلا يحصى ولو كان حسن النية ، إلا إذا استمد حقه من شخص يستطيع أن يملكه ولو كان هو نفسه غير مالك وذلك كالمشتري بعقد مودى وكالوارث الطاهر كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٢٦٣ فى الماشى) . وأما من يستمد حقه من مالك سبق له التصرف فى ملكه فيحصى ولو كان سيئ النية - أى يعلم بالتصرف السابق - لأنه استمد حقه من مالك لا يهدد ملكيته الزوال ، عالم يكن متواطئاً مع هذا المالك (تقارب فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى عقد الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقم ٣ - البيع والإيجار لنفس المؤلف فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش رقم ١) .

من عوامل الاضطراب والزعزعة من الثقة العقارية . إذ أن حسن النية مسألة نفسية ، والعلم بسبق التصرف أمر دقيق يصعب في كثير من الأحيان إثباته ، ولكنه يبقى صعباً معلقاً بهد سلامة التسجيل ، بخلاف التواطؤ فإن أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء .

فقانون الشهر العقاري ، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل ، لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون في مسألة على هذا القدر من الأهمية . وليست الحجة المستمدة من الجسع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر بالحجة الحاسمة ، ومن البعيد أن يكون واضعوا هذا القانون قد قصدوا مايراد استخلاصه من هذين النصين . فمن بادر إلى تسجيل سنده ، وسبق في ذلك رافع الدعوى في تسجيل صحيفة دعواه ، يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يفتح بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد . أما حسن نية المشتري بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد (١) ، فيجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بنائاً في دعوى الاستحقاق . وتبقى دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشتري بسبق التصرف في الذي اشتراه نائياً لحسن النية . والتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكاً لما يبيع ، ومن حق المشتري أن يشتري من المالك ولو سبق للمالك التصرف ، فقد يكون هذا التصرف معيباً ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وقد قطعت محكمة النقض ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، في هذه المسألة ، فتبضت بأن « العير سيء النية في معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقد معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل

(١) وقد كانت المادة ١٧ من قانون الشهر تتضمن فقرة ثالثة تعرف حسن النية بوجه عام ثم حذفت ، فأصبح القضاء حراً في تحديد حسن النية في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها (انظر آنفاً فقرة ٢٠٢ في الغاش) .

مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية ، فلا يعتبر صيغ النية في معنى المادة المذكورة ، لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك - بائع لا نشوب ملكيته شائبة ، ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده . ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون السالف الذكر يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الخريف المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يذكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ٧٧ من القانون المشار إليه ، وإنما يجوز الطعن في عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية متى توافرت شروطهما (١) .

ونرى من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض ، حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، لا تزال مصرة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية على النحو الذي بسطناه . وقد قضت في هذا المعنى أيضاً بأنه وفقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون انتقالها إليه أن يكون عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون انتقال الملكية للمشتري الثاني الذي سبق في التسجيل إلا كونه عقده صورياً . وأنه لا ينتج في إثبات تلك الصورية مجرد علم المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (٢) .

(١) نقض مدني ١٣ ماي سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ .
(٢) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — وانظر أيضاً : نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ — ٢٩ ماي سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ — ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ — ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام =

وهذا الرأي يجب أيضاً استبعاده لنظره في الناحية الأخرى ، كما استبعدنا
الرأي الأول الذي يتطرق في اشتراط حسن النية لصحة التسجيل (١) . ومهما يكن

= النقص ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول دب - سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقص ٦ رقم ٢١٠
ص ١٥٢٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقص رقم ١٩ ص ١٥٣ .
(١) والفقه المصري ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، منقسم ، ولكن السكينة العامة
تقر محكمة النقص فيما ذهبت إليه .

يرى الأستاذ أنور سلطان (فقرة ١٨٣) وحرب حسن النية لصحة التسجيل ، فيمكن لاستشار
المشترى الثاني سببه النية أن يكون عالماً بالنقص الأول ولا يشترط تناوبه مع البائع ، وليس
في ذلك إل نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر .

ويرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي (فقرة ١٠٥ - ١٠٧) أن حسن النية لا يشترط
لصحة التسجيل ، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشتري الثاني مع البائع يفقد التسجيل
ويجعله غير نافذ في المشتري الأول .

وسائر الفقهاء بعد ذلك يقرون محكمة النقص ، من الناحية العملية على الأقل . فيذهب الأستاذ
محمد علي إمام (فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ - ص ٢٩٩) إلى أن التسجيل إذا أفقده التواطؤ
من الناحية القانونية ، فهو صحيح من الناحية العملية دعماً لقوة التسجيل . وكذلك يذهب
الأستاذ عبد المنعم البدر (فقرة ٢١٨ - فقرة ٢١٩) إلى أن الاستناد بالتواطؤ صحيح
من الناحية النظرية ، وغير صحيح من الناحية العملية ، وعلى أساس الناحية العملية يؤيد نص
محكمة النقص . ويرى الأستاذ جميل الشوقري (البيع ص ١٨٠ - رسالة البطلان فقرة ٤٤ ،
وعاش ص ١٥٧) صحة التسجيل ولو مع التواطؤ ، باعتباره أن التسجيل ينص على إثبات
الحق العقاري استناداً للقانون استناداً مطلقاً بحيث لا تحمل عنه وسيلة أخرى لتفكيك دلالته .
المثبت لحق العقاري المراد الاحتجاج بوجوده . ويرى الأستاذ منصور ، مسقط منصور (نشر
٧٢ ص ١٢٥ - ١٢٦) أن اشتراط حسن النية وإن كان يتفق مع عبارة المادة ١٧ من
قانون الشهر ، إلا أنه يتضح من مذكرة هذا القانون ومن سابقات اللجنة التي وضعت أن الشرع
لم يشأ أن يفصل في هذه المسألة ، وأن القول بأن التواطؤ يفقد التسجيل لا يتفق مع الاتجاه الذي
يسير نحوه الشرع المصري من الأخذ بنظام التسجيل العيني . ويخلص إلى القول بأن اتجاه محكمة
النقص هو الذي سوف يستقر ، ويمكن أن تكون محكمة النقص قد أخذت برأى في مسألة هذا التطور
حتى تدبر منها المحاكم الأخرى ، وخصوصاً أن هذا هو الرأي الذي استقر قبل قانون الشهر
العقاري . ويرى الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ٩٣ - ص ٩٤)
محكمة النقص على ما ذهبت إليه .

ويقول الأستاذ سليمان سرفس (منذ الإيجار فقرة ١٢٣ ص ٢٠٤ عاش رقم ٣ - البيع
والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٩ عاش ١ - وأنظر أيضاً الأستاذ محمد علي مرقه في أسباب
كسب الملكية سنة ١٩٥٤ : فقرة ١٩٩ ص ١٥٤) إن قولاً حسن النية المذكورة في الفقرة
الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر ينص على دعوى الطعن في تعريقات المادة ١ =

من شفع للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض من وجوب دعم نظام التسجيل تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فانه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولا تنفص به الاعتبارات العملية .

أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته ، ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندها كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة وبسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلوا من هذا التحيز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه

== ية - عليها فسخ أو بطلان أو إلغاء التصرف بأثر رجعى من وقت حصول التصرف ، فجاء شرط حسن النية للحد من هذا الأثر الرجعى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فلا يرجع الأثر إلا إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . ويذهب إلى أن المشرع بإضافته إلى هذه الدعاوى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد تزيد دون مبرر . وفى دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك الحقيق ضد الحائز للعقار يكون الحكم للمالك بالاستحقاق نافذاً فى حق من اشترى من الحائز ، ولو كان هذا الأخير حسن النية وسجل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وفى دعوى صحة التعاقد المفروض أن تسجيل عقد المشتري الثانى قد نقل إليه ملكية المبيع وجرد البائع منها . فصار وفاء هذا بالتزام نحو المشتري الأول وفاء عينياً غير ممكن ، فيمتنع الحكم بصحة التعاقد ونفاذه ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض .

وما يقوله الأستاذ سليمان مرقس من أن شرط حسن النية جاء ليحد من الأثر الرجعى لبطلان التصرف أو فسخه هو قول صحيح . وما يقوله من أن شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق لا محل له ، أت من أنه تصور دعوى الاستحقاق فى صورتها المألوفة . ولكن الصورة التى يتصور فيها شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق هى عندما يكون الحائز وهو غير مالك يستطيع أن يملك الغير ، كما هى الحال فى المشتري بمقد صورى وفى الوارث الظاهر (انظر آتفاً فقرة ٢٦٣ فى الماش) . أما ما يقوله من أن شرط حسن النية لا محل له من الناحية العملية فى دعوى صحة التعاقد فقول فى حاجة إلى الاستقصاء . ذلك أن المثل الذى أتى به يمكن أن يثير شرط حسن النية هل الوجه الآتى : يقيم المشتري الأول دعوى صحة التعاقد على البائع ، ويدخل فى الدعوى المشتري الثانى الذى سبق إلى تسجيل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . فإذا احتج المشتري الثانى بسيفه إلى التسجيل حتى يحول دون الحكم بصحة التعاقد ، دفع المشتري الأول بطلان التسجيل لتواطؤ المشتري الثانى مع البائع . فإذا استطاع إثبات التواطؤ ، وكانت المحكمة من رأيها أن التواطؤ يفقد التسجيل ، فلا مانع من الحكم للمشتري الأول بصحة التعاقد ، وتسجيل هذا الحكم بنقل إليه هو ملكية العقار .

النصوص عن طريق الدلالة البركسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن التبة للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا يبنى حسن التبة ، فمن البدهى أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع الراجع ، والذي سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل مسنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن التبة مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الخاطر . فهو إذن سيء التبة ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لمسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستعصى على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف .

والاعتبارات العملية هى أيضاً لا تمنع بالرأى الذى نذهب إليه محكمة النقض . فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر العيى . فمن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العيى أحد مبادئه الجوهرية ، وهو الحجية المطلقة للسند المسجل ولو طعن فيه بالتواطؤ ، لأن نظام الشهر الشخصى لا تزال الدقة فى نموه صحة السندات المسجلة تعوز ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضار به ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العيى . يشهد بذلك من تجرؤوا نظام الشهر القائم فى ناسيته العملية (١) .

(١) ويقول الدكتور محمود شوقى ، وكان الأمين العام لصاحبة الشهر العقارى ، فى كتابه الصادر ما يأتى : « ونرى أنه يجب الأخذ بالنسبة العامة فى شأن كالة المعونات على اعتبار أن التدليس يفسد المعونات المسجلة كما يفسد أى تصرف آخر ، فليس قديماً القائل بأن التدليس يفسد أى تصرف . . . ولا بد من القول بأن قانون تنظيم الشهر العقارى قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العيى ، وعمل على أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة على كافة الألفاظ ، بما فى ذلك إشارته رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا الخطوة التمهيدية التى فى سبيل الإصلاح الشامل المترتب والذي يجب فيه أن يسلط الجدل بين . . . وهذا العمل ما يجرى فيه عجز ولا تأخير من قبله »

وبخاص ما تقدم أنه يجب الوقوف عند الرأي الوسط ، وهو الرأي الذي يدعم نظام التسجيل دون إغراق بعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة الدَّيْن حسن النية ، حتى لا يزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرر تسجيله في حق الغير ، وبذلك تحمي مصالح الناس من أن يعرضها للضياع التدليس والغش .

ونستطيع أن نوجه هذا الرأي ، من الناحية الفنية ، بأحد طريقتين . الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف (fraus omnia corrumpit) ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة للغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلا ، والتسجيل لا يصححه (١) . والطريق الثاني هو الطعن في العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونسائر في هذا الطريق محكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن في عين مملوكة للمدين . وقد قلنا في الجزء الثاني من الوسيط (٢) في هذا التصدد ما يأتي : « وإذا فرض أن حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعوداً ببيع عين أو كان دائناً في وعذرهن أو كان دائناً مرتهاً ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل

= القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضياً من القضاة النظاميين . أما هذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل شخصي عموماً ، وهل الأخص في مصر حيث الملكية العقارية ما زالت في حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتبسيط على أساس سليم » (انظر العقارى علماً وعملاً ص ٣١٣ — ص ٣١٤) . (١) أو يقال إن المشتري الثاني المتواطئ مع البائع قد أضرر بالمشتري الأول ، فوجب له التعويض . وغير تعويض هو التعويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل في حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته في العقار المبيع بتسجيل سنده .

ويلاحظ هنا أن المعب ليس هو التسجيل ، بل هو التصرف الثاني ذاته الذي كان محل التسجيل . وسبب المعيب هو الغش أو التواطؤ ، فالغش يفسد التصرف القانوني ، ولا يستطيع التسجيل أن يصحح هذا الفساد .

إجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إحصار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تنفي بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها (١) . وفي الحالة التي نحن بصددتها قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيعتبر البائع في حالة إحصار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلاً من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تنفي بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل منده (٢) .

(١) وجاء في الحاشية رقم ٤ من ص ١٠٣٠ من الجزء الثاني من الوسيط إشارة إلى بعض الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأي وهم : لوران ٢٤ فقرة ١٢ — جورييه فقرة ١٢٢ وما بعدها — ريبير في القناعة الحقيقية في الالتزامات فقرة ١٢٠ — فقرة ١١١ — فقرة ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها — بلانول وريبير وروثمان ٧ فقرة ٢٣٨ — فقرة ١٢٨ — دي غلنيس جزء أول في الدعوى البولصية *de la demande paulienne* فقرة ١٠٠ .

(٢) وهذا ما قلناه في الجزء الثاني من الوسيط ، فقد ذهبنا إلى ما سبق أن أوردناه في هذا العدد بما يأتي : ويرتفع على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشتري ، ثم يبيع ثانية من عترة آخر ، ويأودر المشتري الثاني إلى تسجيل قوائمه مع البائع قبل الإصدار بالتسجيل الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع ، (الوسيط ٢ ص ١٠١٠ حاشية رقم ١) .

ويترتب من هذا ما تقدم به محكمة استئناف مصر في سند قضائي رقم ١٠١٠ سجل طر وكلف أثناء البائع بعد ذلك في العقار المبيع إضراباً بالمشتري . فقد قضت المحكمة بأن عدم تسجيل المشتري لا يبرئ ولا يبرئ غيره ، بل يبالى به قسماً قائماً دائماً ويحكم المشتريان بتسجيل الالتزامات الترتيبية كما دعا . والالتزامية التي يترتب على البيع وفق القانون . والمشتري بالتسليم الأول إنما يرد ذاته بالالتزامات التي تركز على كونه المبررة ، ويصح أنه يملك أن يستأنف

المبحث الثاني

تسليم المبيع

٢٩١ - تسليم المبيع والمحافظة عليه من التسليم فرع عن التزام

البائع بنقل ملكية المبيع : إذا كان البائع ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإن هذا الالتزام فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع . ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري . ذلك أن المادة ٢٠٦ مدني تنص على أن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم .

فيتفرع إذن عن التزام البائع بنقل الملكية التزامان ، التزام بالمحافظة على المبيع والتزام بتسليمه إلى المشتري . وإذا اتفق الالتزامان في أن كلاهما فرع عن التزام أصلي ، فانهما يختلفان في أن الالتزام بالمحافظة على المبيع التزام ببذل عناية (obligation de moyen) ، أما الالتزام بتسليم المبيع فهو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) (١) . وسنرى أنه يترتب على أن الالتزام بتسليم المبيع هو التزام متفرع عن التزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه

= نص المادة ٥٢ مدني ويطلب بطلان الوقت الذي أنشأه البائع إصراراً به ، لأن التصرف يمنع المشتري من تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها البائع بمقتضى عقد البيع من تسهيل الإجراءات الموصلة إلى نقل ملكية العين وتسليمها له ومنع تعرضه فيها . ولا محل للنقل بالتفاضل بين عقد البيع غير المسجل وحجة الوقت المسجلة ، لأن المقام ليس مقام ترجيح عقد على آخر ، والمشتري بالمقد غير المسجل لا يطالب بحق عيني مثل تثبيت الملكية أو خلافة ، بل يدفع دعوى الوقت بالقول ببطلانه ، لوقوعه إصراراً بحقوقه بصفته دائناً بالتزامات تتركز على العين الموفرة (استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠) .

(١) أما الالتزام بالتسليم في القانون الفرنسي — وفي القانون اللباني تبعاً له — فليس التزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية يختلط بالالتزام بالمحافظة على المبيع . فإذا هلك الشيء أو تلف بسبب أجنبي قبل التسليم ، فمجرد البائع عن تسليمه دون أن يكون ذلك خطأ منه ، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم ، وجاز له أن يطالب المشتري بأمن : فيكون المشتري هو الذي يتحمل تسعة الهلاك ، ويستودع إلى ذلك فيما يلي .

يهلك على البائع ، ومن هنا يجيء أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع نقل الملكية في القانون المصرى .

أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم ، فهو التزام ببذل عناية كما قدمنا . ومن ثم يكون التزاماً بعمل ، وتسرى عليه المادة ٢١١ مدنى وهى تنص على أنه « فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء . . فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . فاذا بذل البائع فى المحافظة على المبيع إلى وقت تسليمه للمشتري عناية الشخص العادى ، دون أن ينزل عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أقل حرصاً من الشخص العادى ، ودون أن يرتفع عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أكثر حرصاً من الشخص العادى ، فانه يكون قد وفى بالتزامه . فاذا هلك المبيع أو أصابه تلف بالرغم من أن البائع قد بذل فى المحافظة عليه العناية الواجبة على النحو السالف الذكر ، لم يكن البائع مسئولاً بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، وإن كان يتحمل تبعة الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم كما سنرى . وإذا لم يبذل البائع فى المحافظة على المبيع هذا القدر من العناية كان مقصراً ، فاذا هلك المبيع ، وتلف من جراء هذا التقصير كان ذلك بخطأه . وكان مسئولاً ، بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، عن الضرر الذى أحدثه للمشتري وفقاً للقواعد العامة المقررة فى المسؤولية التعاقدية ، ولا يقتصر الأمر على تحميله تبعة الهلاك بموجب التزامه بالتسليم . ولا مسئولية عليه بطبيعة الحال لو أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المشتري ، وتنتفى مسئوليته فى هذه الحالة على أساس الالتزامين معاً التزامه بالمحافظة على المبيع والتزامه بتسليمه ، ويكون المشتري ملزماً بنسلم المبيع على حالته مع دفع ثمنه كاملاً للبائع (١) .

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اثنان من هذه الأحكام فى المادتين ١١٥ و ١١٦ منه . فنصت المادة ١١٥ على أنه « إذا هلك الشيء المعين الذى انعقد عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم ، بسبب فعل أو خطأ أرتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته ، على الشروط التى يقتضهاها يحق له أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المتليات ، فعمل البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً ، مع

يبقى التزام البائع بتسليم المبيع ، وهو التزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية وفي الوقت ذاته التزام بتحقيق غاية كما قلنا . فنحتفظ له بهذه السمة (١) ، ونناول بحثه تفصيلا ، لنحدد المحل الذي يقع عليه التسليم ، ولنرى كيف يتم التسليم . ولنعين الجزاء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزام التسليم ويدخل في ذلك تبعة هلال المبيع أو تلفه قبل التسليم (٢) .

المطلب الأول

محل التسليم

٢٩٢ - تسليم المبيع بمكانه ومقداره وملحقاته : محل التسليم هو المبيع المتفق عليه في عقد البيع . ويلتزم البائع بتسليمه إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت المبيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملحقات التي تتبعه . فلستعرض هذه المسائل الثلاث : حالة المبيع ومقداره وملحقاته .

= الاحتفاظ بحق المشتري في طلب زيادة بدل العطل والضرر عند الانقضاء . ونصت المادة ٢١٦ على أنه « إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حاله ، وببضع ثمنه كاملاً » . وهذا النصان ليسا إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ بما ورد فيهما من الأحكام دون حاجة إلى نص .

(١) وسرى أن لتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الملكية أهمية كبيرة ، فإن الالتزام بالتسليم يكون مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، ولا يعتبر تنفيذ الالتزام الثاني كاملاً إلا إذا تم تنفيذ الالتزام الأول . وإذا كان التسليم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم بلغ من الأهمية أن كان هو الذي ينقل الملكية ، فإنه لا تزال له أهميته حتى اليوم ، فهو إذا كان لا ينقل الملكية فإنه يستكمل نقلها من ناحية تحمل تبعة الهلاك على الأقل كما سئرى .

(٢) وقواعد التسليم في البيع هي التي تسرى في مجموعها على كل التزام بالتسليم ، سواء كان التزاماً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كما في المقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، أو كان التزاماً مستقلاً كما في الإيجار والغارية . وقد نصت المادة ٥٦٦ مدني في عقد الإيجار صراحة على أنه « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها » .

١٥ - حالة المبيع

٢٩٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » (١).
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٠ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - وبقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٤ (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٤ من المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مطلق الزرقا فقرة ٩٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل لنص التقنين المدني المصري ، ولكن هذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن الأخذ به في القانون العراقي : انظر الأستاذ حسن الدنون فقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٧ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٩٣ - فقرة ٣٩٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٤ . يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ، ولا يجوز للبائع بعد ذلك أن يغير حالته . (وهذا يطابق الحكم الوارد في نص التقنين المدني المصري) .

أو في حالة مطابقة للعينة أو غير ذلك (١) مما يتفقان عليه بموجب شرط خاص ومن ثم وجب أن نبين كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع ، وما الحكم إذا تغيرت هذه الحالة عند التسليم ، وما الذي يترتب على وجود انقلاق خاص بين المتبايعين بعين الحالة التي يكون عليها التسليم .

٢٩٤ - كيف تنبئ مال المبيع وقت البيع : قدما أن المبيع يجب أن يكون معينا تعيناً كافياً ، وهذا التعيين الكافي ينطوي دون شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع . والفروض - كما نقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - أن المشتري قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ، هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، يقضى بأن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه « مستفادة من القواعد العامة » (٣) . فالبايع إذن يلتزم بتزويد المشتري بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة الشيء وقت البيع ، كأن يعين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، ومشتملات العين ، ودرجة جودتها ، ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع . وهذه هي الحالة التي يلتزم البائع أن يسلم بها المبيع إلى المشتري (٤) ، ما لم يوجد إتفاق

(١) مثل ذلك أن يكون المبيع عقاراً مرهوناً وقت البيع ، فيتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المشتري العقار خالياً من الرهن بعد شطبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨٦ هامش ٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) فإذا كان المبيع أرضاً داخلة في مشروع تقسيم (plan de lotissement) ، وجب تسليمها في الحالة التي هي عليها في مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين ، ولكن ليس من الضروري إنشاء هذه الشوارع والميادين في صورة نهائية ما دامت قد شقت وأصبحت ميسرة للاستعمال العام (استئناف محتلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٣٩ - ١٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤٣ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩) . وليس البائع في هذه الحالة ملزماً بإنشاء الشوارع والميادين ، ولكن يجب أن يترك المسافات اللازمة لها (استئناف محتلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٤) ، وأن يجعل المشتري ينفع بها (استئناف محتلط ٧ يريه سنة ١٩٣٤ م ١٦ =

خاص على غير ذلك (١) .

وإذا كان المبيع من المثلثات التي لم تعين إلا بالنوع ، لم يكن من المستطاع تعيين حالة المبيع وقت البيع . لأنه غير معين بالذات في هذا الوقت . وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدني ببيان الحكم في هذا الفرض ، فنصت على ما يأتي : « وبكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، ألزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . فالخالة التي يجب تسليم المبيع عليها في هذا الفرض يعينها الاتفاق الخاص إن وجد ، فإلا لم يوجد اتفاق خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملازمة . فإذا لم توجد هذه ولا ذاك ، وجب تسليم المبيع من صنف متوسط ، لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع ، ولا من صنف رديء حتى لا يغبن المشتري (٢) .

(= ص ٣٢١) ، وللمشتري صفة في طلب عدم الماني التي تقام في الشوارع المصمتة (استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٤) . أما إذا وقف البائع بقية الأرض المقصدة ولم يتم بشق الشوارع والميادين ، جاز للمشتري سحب البيع (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨١ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٧) .
وإذا كانت الأرض المبيعة ليس لها ممر يصلها بالطريق العام ، ملها البائع للمشتري هل هذه الحالة ، ولا يكون ملتزماً بإيجاد ممر لها إلى الطريق العام إلا بشرط خاص (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ - ٩ ص ١٠٢) .

(١) أو عرف منتج ، وذلك كاخانة التي يسلم بها البائع القطن المبيع ، فيرجع إلى العرف في تحديد هذه الحالة وفي تعيين مرتبة القطن بحسب المتعارف في مدينة مينا البصل (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١٧) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ - بودري وسبينا فقرة ٣١٢ .
وإذا كانت حالة المبيع غير الحالة الواجبة ، كان على المشتري وقت تسلم البضاعة أن يطلب من قاضي الأمور المستحجلة معاينة البضاعة أو تعيين خبير لمعاينتها ، وكذلك يجوز للبائع ، إذا ادعى أن الحالة هي الحالة الواجبة ، أن يطلب هذه المعاينة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٣٩ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٥) . أما إذا قبل المشتري المبيع واستعمله مدة طويلة ، فليس له بعد ذلك أن يشكو أن فيه عيباً أو أنه ليس هل الحالة الواجبة (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩) .

٢٩٥ - تغير حال المبيع : والتزام البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع معناه أنه لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة ، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم بها المبيع إلى المشتري .

والمفروض بقاء الشيء على أصله ، فالحالة التي يكون عليها المبيع وقت التسليم يفترض أن تكون هي نفس الحالة التي كان عليها وقت البيع . فإذا تسلم المشتري المبيع دون أن يعترض ، وسكت مدة كافية يفترض فيها أنه عاين الشيء فارتضاه ، فليس له بعد ذلك أن يمتنع بأن المبيع لم يكن في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، إذ أن سكوته هذه المدة يدل إما على أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حاله وقت البيع ، وإما على أن هناك فرقاً بين الحالتين ولكن هذا الفرق قد تسامح فيه وزل عن حقه في التمسك به (١) .

أما إذا اعترض المشتري عند تسلمه المبيع ، أو عند معاينته له واختباره إياه بعد التسلم ، بأن المبيع قد تغيرت حالته عما كانت عليه وقت البيع ، فعلى البائع عبء إثبات أن المبيع لم يتغير حالته عما كان عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالتزام التسليم وهو الذي يقوم بتنفيذه ، وعلى المدين إثبات براءته من الالتزام (٢) .

(١) استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩ (وهما المكان المشار إليهما في الحاشية السابقة) . هذا وقد قضت المادة ٩٩ من التقنين التجاري ، في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، بأن استلام الأشياء المنقولة يردع أحبة النقل بطلان لكل دعوى على أمين النقل وعلى الوكيل في ذلك بالعمولة ، إذا كان المبيع الذي حصل فيها ظاهراً من خارجها . وأما إذا كان غير ظاهراً ، فيجوز إثباته بمعرفة محضر أو شيخ البلد . ولكن لا تقبل الدعوى بالمبيع المذكور إلا إذا حصل الإخبار بها في ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت الاستلام ، وقدم الطلب في ظرف ثلاثين يوماً ، ويضاف إلى هذين اليمادين مهلة مسافة الطريق . وفي عن البيان أن هذه الإجراءات والمواعيد القصيرة لا تنطبق إلا في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، ولا محل لتطبيقها في العلاقة بين البائع والمشتري ، فلو سكت المشتري مدة أطول من المدة المنصوص عليها في المادة ٩٩ تجارياً لا يقطع حقه بمجرد هذا السكوت ، إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد النزول عن حقه (انظر بوردوي وسيشيا نقرة ٣١٢ مكررة ثانياً ويشيران إلى المادة ١٠٤ تجارياً فرضي) .

(٢) بوردوي وسيشيا نقرة ٣١٢ مكررة راجعاً - - إلى باج ٤ نقرة ٩٩ - - الأستاذ عبد النعم البدردي نقرة ٢٤٢ - الأستاذ جليل الشرقاوي نقرة ٩٠ ص ١٩٢ - ١٩٤ . =

فان ثبت تغير في حالة المبيع وكان هذا التغير ضاراً بالمشتري ، كان البائع مسئولاً عن ذلك ، سواء كان التغير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير إذا كان هناك وجه للرجوع . ذلك أن البائع ملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، وقد ثبت أن المبيع قد تغيرت حالته تغيراً ضاراً بالمشتري . فعلى البائع تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن أمكن ، بأن يعيد المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت البيع إذا كان هذا مستطاعاً ، وإلا كان للمشتري الحق في الرجوع عليه بالتعويض ، بل له أن يطالب بفسخ البيع وبالتعويض معاً إذا كان هناك وجه لذلك كما سنرى . وغنى عن البيان أنه إذا كان التغير بخطأ المشتري أو بفعله ، فعليه هو مغبة ذلك ، وليس له الرجوع بشيء على البائع .

وإذا كان التغير الضار بالمشتري قد وقع بقوة قاهرة أو بخلاف فجائي ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذي قدمناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويعتبر محلاً لهذا الالتزام إذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبي (١) . ويتفرع على ذلك أن المبيع إذا هلك هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً

== وإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، فإذا كانت قد وصفت حالتها في عقد البيع ، وادعى المشتري أنها عند التسليم لا تطابق هذه الحالة ، فعلى البائع أن يثبت مطابقة المبيع للحالة الموصوفة في عقد البيع ، لأنه هو المدين بتسليم المبيع في هذه الحالة التي كان عليها وقت البيع ، فعليه عبء إثبات أنه وفى التزامه على هذا النحو كما سبق القول . وإن كان المبيع لم توصف حالته في عقد البيع ، فالمفروض بقاء الشيء على أصله ، وأن المبيع لم يتغير حالته عند التسليم عما كان عليه وقت البيع ، وإذا ادعى المشتري غير ذلك فعليه هو عبء الإثبات . وقد قدمنا أن لكل من المشتري والبائع أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معاينة المبيع أو تعيين حيز لمعاينته (انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ في الهامش) ، وهذا مما ييسر الإثبات على كل منهما .

(١) ويجب التمييز بين رجوع المشتري على البائع بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ لعدم مطابقة حالة المبيع للحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبين رجوع المشتري على البائع بالعيب الخفي في المبيع . فعدم المطابقة يفترض أن حالة المبيع تختلف وقت التسليم عنها وقت البيع ، أما العيب الخفي فيفترض أن المبيع بحاله وقت البيع إلا أن فيه شيئاً خفياً لم يكن المشتري يعرفه . ودعوى الفسخ لعيب الخفي تسقط بسنة من تاريخ تسليم المبيع ، أما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة .

قبيل التسليم ، كانت تبعة الهلاك أو التلف على البائع كما سنرى .

وقد تنبهر - ألة المبيع وقت التسليم إلى حالة أفضل عما كانت عليه وقت البيع . فإن كان هذا التغير بسبب أجنبي . كأن التحق طمى بأرض زراعية فزادت ، فإن الزيادة تكون من نصيب المشتري لا يدفع في مقابلها شيئاً للبائع ، إذ أن للمشتري نماء المبيع من وقت البيع كما أن له ثمراته . وإن كان التغير بفعل البائع ، كأن أدخل على المبيع تحسينات أو أقام فيه بناء ، اعتبر أنه قد فعل ذلك في ملك الغير وهو عالم بذلك ، وبهذا قضت محكمة النقض (١) كما سبق القول . فإن كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات نافعة أو أقام بناء ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع الإزالة على نفقته مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يطلب استبقاء التحسينات أو البناء مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبالغ يساوى ما زاد في ثمن المبيع بسبب هذه الأعمال . ويجوز للبائع أن يطلب ربح ما استحدثه إن كان ذلك لا يلحق بالمبيع ضرراً ، إلا إذا اختار المشتري أن يستبقيه طبقاً للأحكام المقدمة (٢) . وإذا كانت التحسينات كالمالية ، فليس للبائع أن يطلب بتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع إلى حالته الأصلية وقت البيع ، ما لم يختار المشتري أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحقة الإزالة (٣) . أما إذا كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو من التلف ، فإنه لا يرجع بشيء مما أنفق على المشتري ، فقد قدمنا أن تبعة الهلاك أو التلف على البائع .

— ويجب التمييز كذلك بين دعوى عدم المطابقة هذه ودعوى الغلط في المبيع ، إذ الغلط يقتصر أن إرادة المشتري معينة فهو حالة نفسية ، أمام عدم المطابقة فهو - مادية . والغلط جزاؤه دعوى إبطال وتسقط بثلاث سنوات ، أما عدم المطابقة فالدعوى فيه لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة كما قدمنا . وكالغلط عدم العلم الكافي بالمبيع أو خيار الرؤية (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٥٣ ويشير إلى تعليقات الأستاذ هيسار في المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٤٨ من ١٥٧ وص ٣٦٠) .

(١) نقض مدو ٨ دسبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .

(٢) ان في كل ذلك المادتين ٩٢٤ و ٩٨٠/٢ مدنى .

(٣) ان المادة ٩٨٠/٣ مدنى .

وغنى عن البيان أن البائع إذا كان يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي هو عليها وقت البيع ، فمن باب أولى يلتزم بتسليم نفس المبيع لا بشيء آخر ولو كان خيراً منه ، وبكل المبيع لا بجزء منه لأن الوفاء الجزئى لا يجوز إذا لم يرض به الدائن ، فإذا كان المبيع من المتليات وجب تسليمه كله دفعة واحدة لا جزءاً فجزءاً (١).

٢٩٦ - ومبرور اتفاق خاص على حالة المبيع : وقد قدمنا أن التزام

البائع بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع على النحو الذى بسطناه إنما يقوم إذا لم يكن هناك اتفاق خاص بين المتبايعين . فإذا كان هناك هذا الاتفاق الخاص ، فإنه هو الذى يسرى . والمشتري هو المكلف بإثبات وجود الاتفاق ، فإذا أثبتته وجب على البائع أن يثبت أن المبيع وقت أن سلمه كان فعلاً فى الحالة المتفق عليها (٢) .

وقد يتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المبيع فى حالة جيدة . فيجب عندئذ أن يقوم البائع بهذا الالتزام فيسلم المبيع فى حالة جيدة ، ولو كانت حالته وقت البيع لم تكن جيدة بعلم المشتري ، بل كانت متوسطة أو رديئة ، ويكون على البائع إذن أن يحسن حالة المبيع حتى تنقلب إلى حالة جيدة وقت التسليم . فإذا لم بفعل ، وكانت الحالة التى عليها المبيع فعلاً تفوت على المشتري غرضه من الشراء ، كان للمشتري مطالبة البائع بالتنفيذ العيني ، كما أن له أن يطالب بفسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى . أما إذا كانت حالة المبيع لا تفوت على المشتري غرضه ، فإن البيع لا يفسخ ، بل يكون للمشتري المطالبة بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٣) .

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لعينة متفق عليها ، وعندئذ يجب أن يكون المبيع وقت التسليم مطابقاً لهذه العينة ، على النحو الذى بسطناه عند الكلام فى البيع بالعينة (٤) .

(١) بودى وسينيا فقرة ٣١١ ص ٣١٣ وفقرة ٢٥

(٢) بودى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة رابعا .

(٣) بودى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة أولاً

(٤) انظر أيضاً فقرة ١٢٥ - وانظر المادة ٤٢٠ مدد

٥٢ - مقدار المبيع

٢٩٧ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٣٣ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد ،

٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع غير قابل للتعبير ، أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه .

وتنص المادة ٤٣٤ على ما يأتي :

« إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً (١) » .

(١) تاريخ النصوص : م ٤٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٤ من المشروع التمهيدى

على الوجه الآت : ١ - إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً عن هذا القدر حسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري . ٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد ، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد . وقد أقرت لجنة المراجعة النص مع تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٦ في المشروع النهائي - وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة « إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً » بعبارة « إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً » في صدر الفقرة الأولى . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وفي لجنة الشيوخ اعترض على عبارة « عديم الجدوى » الواردة في الفقرة الأولى ، إذ ما من عقد إلا وله جدوى . ورأت اللجنة أن تستبدل في الفقرة الأولى بعبارة =

وتقابل هذه النصوص في التفتين الملتى السابق المراد ٣٦٣/٢٩٠ -
٣٧٠/٢٩٦ (١).

«إلا إذا كان هذا التفتن من الجسامة بحيث يصح تنفيذ العقد هدم الجدى بالنسة المشتري»
هبارة «إلا إذا أثبت أن هذا التفتن من الجسامة بحيث أنه لو كان بعته لما أتم العقد» . وكرر
في تقرير اللجنة أنه «قد جعل أساس الفسخ عدم إتمام العاقدة للعقد لو أنه كان يعلم بوجود التفتن»
أخذاً بالمعيار للام الذى وضع في شأن الفلظ «وأضافت اللجنة إل الفقرة الثانية هبارة «إذا كان
المبيع غير قابل للتبغيره لزيادة الإيضاح» فأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه
في التفتين الملتى الجديد ، وأصبح رقم ٤٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله تحت
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ وصر ٦١ - ٦٣) .

م ٤٣٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٥ من المشروع التهدي مطابقاً لما استقر عليه في
التفتين الملتى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٧ من المشروع التهدي . ووافق عليه مجلس
النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ - ص ٦٦) .
(١) التفتين الملتى السابق م ٣٦٣/٢٩٠ : على البائع أن يلم المبيع بمقداره أو وزنه أو مقامه
المعين له في عقد البيع .

م ٣٦٤/٢٩١ - ٣٦٥ : الأشياء التى يقوم بمصها مقام بعض إذا بيعت حلة وتعين مقدارها
مع تعيين الثمن باعتبار أحادها ، ووجد مقدارها الحقيقي أقل من المقدّر في العقد ، فتمشتري الخيار
بين فسخ البيع وبين إبقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً . وإذا زاد الموجود عن المقدار المعين ،
فالزيادة للبائع .

م ٣٦٦/٢٩٢ : إذا كان المبيع من الأشياء التى تقاس أو تكل أو توزن ولا يمكن انقسامه
بغير ضرر ، وكان قد تعين في عقد البيع مقدار المبيع وثمنه باعتبار أحاده ، فن حالة وجود نقص
أو زيادة في المقدار المعين ، يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ الموجود بالكامل مع
دفع ثمنه بالنسبة ل قدره الحقيقي . أما إذا كان الثمن تعين جملة ، فتمشتري الخيار بين فسخ البيع
وبين أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٦٧/٢٩٣ : لا يجوز للمشتري فسخ البيع في الأحوال المذكورة في المادة السابقة إلا إذا
كان الفلظ زائداً على نصف الثمن المعين .

م ٣٦٨/٢٩٤ : إذا كان هناك وجه لفسخ البيع ، ففعل البائع رد الثمن الذى تحفه مع رسوم
العقد والمصاريف التى صرفها المشتري بموافقة القانون .

م ٣٦٩/٢٩٥ : وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالفلظ الواقع فيه يسقط حقه في اعتبار
فسخ البيع ، إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً .

م ٣٧٠/٢٩٦ : حق المشتري في فسخ البيع أو في تنقيص الثمن ، كذلك حق البائع في طلب
تكميل الثمن ، يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد . (ملاحق : كان هناك شك
فيما إذا كانت مدة المدة سنة أم لا أو مدة تقادم ، لعدم التفتين الجديد المللا ، بالعلم بمرارة
على أن المدة مدة تقادم) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= وقد ورد في الفقرة الإيضاحية ... وع التمهيد في شأن نصرة التقنين المدني السابق ما يأتي :

" يتصل بتحديد البيع أن يكون البائع في صدر المشتري قدراً معيناً منه ، كما إذا كان المبيع قطعة أرض ويبت هل أنها كذا متراً أو كذا فدانا ، إذا كان المبيع بوجه عام شيئاً ما يعد أو يوزن أو يقاس أو يكال . وقد تضمن التقنين الحال (السابق) نصراً كثيرة في هذا الموضوع . .

وهي نصرة مأخوذة من الشريعة الإسلامية (مرشد الحيران م ٤٤٨ - ٤٥٣ - المجلد م ٢٢١ - ٢٢٩) ونحو في الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . ففي الحالة الأولى : إذا تعين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بسعر الوحدة ، فالزيادة للبائع ، لأن المبيع لا يضره التبعيض ولم تدخل فيه الزيادة . وإذا نقص المبيع ، فللمشتري أن يفسخ البيع أو يقيه من بقاس الثمن ، ولا يجوز الفسخ إلا إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين . ولم تعرض النصوص لحالة ما إذا تعين الثمن جملة واحدة ، ولكن الظاهر أن هذه الأحكام نفسها هي التي تنطبق . أما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وتعين ثمة بسعر الوحدة ، فإن زاد أو نقص ، كان المشتري بالخيار بين الفسخ (إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقي ، لأن تجزئة المبيع في هذا الغرض لا تجوز إذ التبعيض يضر . فإذا تعين الثمن جملة واحدة ، وزاد المبيع أو نقص ، فللمشتري الخيار بين الفسخ إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين ، أو إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يزيد الثمن أو ينقص هنا . ويعملون ذلك بأن المبيع لا يقبل التبعيض وقد بيع بثمن مسمى جملة واحدة ، فبيان مقدار المبيع في مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن . وإنما أعطى للمشتري حق الفسخ في صورة النقص ولم يعط للبائع هذا الحق في صورة الزيادة ، لأن المبيع كان في يد البائع لا في يد المشتري ، وإذا عذر المشتري الذي يجهل حالة شيء لا يمكن في يده . فلا عذر للبائع في أمركا كانت الخطة تقضى عليه فيه أن يتبين قدر ما يبيع قبل الإقدام على بيعه - ولم ير المشروع أن يورد كل هذه التفصيلات ، وبعضها يمكن في استخلاصه القواعد العامة ، وبعضها ينطوي على شيء من التحكم ويحسن تركه للظروف واتفاق المتعاقدين . فاقصر على نص يعتبر تلخيصاً لما تقدم من الأحكام ، وهو منقول عن التقنين البولوني والمشروع الفرنسي الإيطالي . ويقضى هذا النص بأن البائع بضمن للمشتري القدر الذي عينه للمبيع حسب ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجازاة عن قدر مسموح به زيادة أو نقصاً . ومعنى الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المعين ، كان للمشتري أن يفسخ إذا كان النقص جسيماً . . (ولا يشترط أن يكون النقص واحداً على عشرين) ، أو أن ينقص الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضروري أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع ، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك) . ولا فرق في حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محدداً بسعر الوحدة أو مقدراً جملة واحدة . أما إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المعين - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - لذلك يبقى البيع ولا يطالب المشتري بزيادة الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك . فإذا عين الثمن بسعر الوحدة ، فلا تمييز بين ما يضره التبعيض =

المادتين ٤٠١ - ٤٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٢٢ - ٤٢٣ - وفي
التقنين المدني العراقي المواد ٥٤٣ - ٥٤٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٤٢٢ - ٤٢٧ (١) .

= وبين ما لا يضره ، بل يكل المشتري الثمن في الحالين بقدر زيادة المبيع ، فان كانت جسيمة
جاز له أن يطلب فسخ العقد . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً لقواعد
العامّة وتفسيراً لنية المتعاقدين ، ولا تعتبر من النظام العام ، فهي تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف
يقضى بغيرها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ - ص ٦١) . ويلاحظ أنه أدخل على
فصوص المشروع تعديل في لجنة الشيوخ كما سبق القول ، يقضى بأنه في حالة الزيادة ، إذا كان
الثمن معيّناً بسعر الوحدة ، وجب التمييز بين ما إذا كان المبيع يضره التبييض أولاً يضره ، وقد أورد
النص الحكم في حالة ما إذا كان المبيع يضره التبييض ، وسكت عن حالة ما إذا كان المبيع
لا يضره التبييض ، ويبدو أن الزيادة في هذه الحالة تكون - نفع كما سيأتي .

ثم جاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية في خصوص المادتين ٣٦٨/٢٩٥ و ٣٦٩/٢٩٥ :
« ولم ير المشروع محلاً للكلام في أثر الفسخ (م ٣٦٨/٢٩٥) فهو خاضع لقواعد انعاسة ،
ولا تنص على أن وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالنفط الواقع فيه يسقط حقه في اختيار
فسخ البيع إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً (م ٢٩٦/٢٩٥) ، فإن هذا الحكم
ظاهر لاجابة النص عليه ، بل إن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن - لا افسخ وحده - يسقط
إذا دلت الظروف على أن المشتري قد تنازل عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .
هذا وقد أخذت نصوص التقنين المدنى السابق - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - من مجموع
أحكام الفقه الإسلامى (انظر في أحكام الفقه مصادر الحق في الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٣
ص ٧٦ - ص ٧٩ - وانظر في تفسير هذه النصوص الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى
فترة ٣٢٠ - ٣٢٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤٠١ - ٤٠٢ (مطابقان مادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين المدنى
المصرى - انظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى أنزورقا فقرة ١٠٦ - فقرة ١١٣) .
التقنين المدنى الليبى م ٤٢٢ - ٤٢٣ (مطابقان للمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين
المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٤٣ : « إذا بيعت بجملة من المسكيات أو بجملة من الموزونات
أو المذروعات التى ليس فى بيعها ضرر أو العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى منها
جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع
وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإذا ظهر المبيع زائداً ، فالزيادة للبائع .
م ٤٤٤ : « - إذا بيعت بجملة من الموزونات أو المذروعات التى فى بيعها ضرر أو من
العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى منها جملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، فلتشتري =

تعرض هذه النصوص لفرض ما إذا كان المبيع شيئاً معيَّناً بالذات ، وقد

= فسخ البيع أو أخذه المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذه المقدار الموجود عمت من الثمن .

٢ - وإذا وجد المبيع زائداً ، فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطى البائع عرضاً في مقابل الزيادة .

م ٥٥٥ : إذا بيعت جملة من الموروثات أو المذروعات التي في تمييزها ضرر أو من المددات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم ، فالمشتري فسخ البيع أو أخذه المبيع عمت من الثمن .

م ٥٤٦ : ١ - في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد حازر خمسة في المائة من القدر المحدد للثمن المبيع .

٢ - وعلى كل حال لا تسع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليمياً فعلياً .

(تنفذ هذه الأحكام مع أحكام التقنين المدق المصري فيما عدا أمرين : (١) تحديد الزيادة أو النقص في التقنين العراقي بخمسة في المائة . (٢) تحديد مدة عدم سماع الدعوى في التقنين العراقي بثلاثة أشهر ، وفي التقنين المصري مدة التقادم سنة . انظر في القانون المدق للعراق الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٧١ - فقرة ١٧٧ - الأستاذ عباس الصراف فقرة ٣٩٦ - فقرة ٤٠٢) .
تقنين الموجبات والمقود للبيان م ٤٢٢ : إن البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نصر عليه في العقد ، مع مراعاة التعديلات الآتية بيانها .

م ٤٢٣ : إذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسعر الوحدة القياسية ، وجب على البائع أن يسلم المشتري ، عند نشئه ، الكمية المبينة في العقد ، وإذا لم يتمكن من ذلك أو ينشئه به المشتري ، تحتم على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن . أما إذا وجد المحتوى زائداً عما هو معين في العقد ، وكانت الزيادة جزءاً من عشرين على المحتوى المعين ، فالمشتري أن يختار إما أداء الزيادة في الثمن وإما الرجوع في العقد .

م ٤٢٤ : إذا كان عقد الشراء ، في الأحوال المعينة في المادة السابقة ، يفضى بالرجوع إلى مدرجات حرائط المساحة ، فلا وجه لرفع الثمن أو خفضه إلا إذا كان الفرق المتحقق بعد القياس يتجاوز النذر المتسامح به .

م ٤٢٥ : إذا عقد البيع على عين معينة محدودة أو على عقارات متشعبة مستقلة ، سواء بدى بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم اقياس بعده ، فإن بيان القياس لا يحول البائع من استعادة الثمن إذا وجد القياس زائداً ، ولا المشتري حق تخفيضه إذا وجد ناقصاً .

م ٤٢٦ : وفي جميع الأحوال التي يستعمل فيها المشتري حق الرجوع عن العقد يجب على البائع أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه ونفقات العقد أيضاً .

م ٤٢٧ : إن دعوى البائع لاستعادة الثمن ودعوى الشاري لتخفيضه أو لفسخ العقد يجب أن تقام في نفس اليوم التعاقد ، وإلا سقط الحق في إقامتهما .

(ومصرص التقنين للبيان مأخوذة من مصرص التقنين الفرنسي المواد ١٦١٦ - ١٦٢٣)

عين مقداره في عقد البيع (١) ، فأصبح البائع ضامناً للمشتري هذا المقدار المعين . مثل ذلك أن يكون المبيع أرض بناء معينة فذكر في العقد أن مساحتها ألف متر ، أو أرضاً زراعية معينة فذكر أن مساحتها خمسون فداناً ، أو شيئاً معيناً مما يعد أو يوزن أو يكال أو يقاس فبيع جراًءاً وذكر أن مقداره عشرون هدأً أو رطلاً أو أردباً أو ذراعاً . وفي هذه الأحوال إذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين ، لا أقل ولا أكثر ، فالعقد ماض بما ورد فيه ، ولا يرجع أحد المتبايعين على الآخر بشيء . لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع أقل من المقدار المعين في العقد ، وقد يقع أن يكون أكثر ، فنشأ عن ذلك دعوى يرجع بها أحد المتبايعين على الآخر . فنبحث إذن : (١) حالة نقص المبيع ، (٢) وحالة زيادة المبيع ، (٣) والدعوى التي تنشأ من هذا النقص أو الزيادة .

٢٩٨ - حالة نقص المبيع : إذا وجد بالبيع نقص ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب إعمال الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف الجاري في التعامل ، وقد يكون النقص مما جرى العرف بالتسامح فيه وعندئذ لا يرجع المشتري على البائع بشيء من أجل هذا النقص (٢) . فإذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه ، كان

(١) أما إذا لم يعين مقداره ، ثم ظهر أقل مما يعتقده المشتري أو أكثر مما يعتقده البائع فلا يطن في العقد إلا بالغلط إذا توافرت شروطه (الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٧٥ ص ١٣٢) .

(٢) استئناف مخطوط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٩ - ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٦ - وفي بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم ، لم يكن البائع مسئولاً عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة في الزراعة (استئناف مخطوط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٨) . فإذا طرأ طارئ ، كنعس في مياه الري أو فيضان ، وجب عليه إخطار المشتري حتى يتمكن هذا من العناية والتعويض بقدر الإمكان ، وإلا كان البائع مسئولاً (استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٨ - ٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١١ - ١٢ يناير ١٩١١ م ٢٣ ص ١١١ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٧ - ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٠ - ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٢ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٩٦ ص ٢١٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٨ =

للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض بسبب هذا النقص . وقد يكون هذا التعويض إنقاصاً للثمن بنسبة ما نقص من مقدار المبيع ، ولكن هذا لا يتحقق بالتعويض بقدر الضرر ، وقد يصيب المشتري ضرر أكبر من ذلك أو أقل فيتقاضى تعويضاً بقدر ما أصابه من الضرر . فإذا كان النقص جسيماً بحيث لو كان يعلمه المشتري لما رضى أن يتعاقد ، جاز له أن يطلب فسخ العقد .

ويلاحظ أن المشرع ، عندما جمل جزاء النقص في مقدار المبيع دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ ، لم يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له وبين ما إذا كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة ، ففي جميع هذه الفروض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى فسخ المبيع . وقد كان التقنين المدني السابق يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له . ففي حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ (م ٣٦٤/٢٩١ مدني سابق) ، سواء قدر الثمن بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة . وفي هذا يتفق أحكام التقنين السابق مع أحكام التقنين الجديد ، غير أن التقنين السابق كان يحتم إنقاص الثمن بنسبة النقص في مقدار المبيع (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) ، وكان لا يجعل للمشتري دعوى الفسخ إلا إذا كان النقص في مقدار المبيع يزيد على ١/٢٠ (م ٣٦٧/٢٩٣ مدني سابق) . وفي حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبويض ، وكان الثمن قد قدر بسعر الوحدة ، كان للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ على النحو المقدم (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) . أما إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة والمبيع غير قابل للتبويض ، فلم يكن للمشتري إلا دعوى الفسخ إذا كان النقص

= ص ١٦) . ويجب أن يكون البيع واقعاً على محصول الأرض لا على كمية معينة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩) . وقد يشترط البائع عدم ضمان العجز فلا يضمن (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢) وقد يشترط المشتري على البائع ضمان العجز فيضمن (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩١) وقد يكون تحديد الكمية في ظروف تمكن البائع من التثبت من مقدار المحصول على وجه الدقة فينفذ هذه الكمية (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٢٤) .

يزيد كل ١/٢٠ ، أو إبقاء البيع بكل الثمن المتفق عليه (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) ، فلم يكن يجوز إنقاص الثمن على خلاف حكم التقنين الجديد (١) . وذلك أن التقنين السابق كان يعتبر القدر في البيع إذا بيع بشئ مقدراً بجملة واحدة وصفاً لا أصلاً ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، فإذا نقص القدر لم ينقص الثمن .

٢٩٩ - حالة زيادة المبيع : وإذا وجد بالمبيع زيادة ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب العمل بهذا الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالمعرف . فإن لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، وجب التمييز بين ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة (٢) أو مقدراً بجملة واحدة .

فإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعض ، فالزيادة للبائع . ذلك أن الزيادة لم تدخل في البيع ، والمبيع لا يضره التبعض (٣) . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) . وإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعض ، فالنص صريح في أنه يجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة ف يجوز له أن يطلب فسخ العقد (م ٢/٤٣٣ مدني) . ذلك أن القدر في المبيع ، وإن كان المبيع غير قابل للتبعض ، يعتبر أصلاً لا وصفاً مادام الثمن

(١) فادأ أبرم العقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، وإلا فيسرى التقنين الجديد .

(٢) ويكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ولو ذكر في العقد إل جانب سعر الوحدة مجموع الثمن ، فالجميع في هذه الحالة لا يمس أن يكون عملية حسابية هي حاصل ضرب سعر الوحدة في مجموع الوحدات (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكي فقرة ٣٢٣ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى ص ٣٩٦ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور . ص ١٣٤ هامش ٢) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى ، هو تجعل قدر المبيع وصفاً لا أصلاً - فلا يقابله شيء من الثمن - إذا كان الثمن قد قدر بجملة واحدة ، دون تمييز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له . ويترب على ذلك أن تكون الزيادة للبائع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وتكون للمشتري إذا كان الثمن مقدراً بجملة واحدة (مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ ص ٦١) .

فا قدر بحساب الوحدة ، والأصل مقابل الثمن . فإذا زاد المبيع وجب
 للمشتري نكلة الثمن بما يناسب الزيادة ، وكان للسابع حق الرجوع
 على المشتري بدعوى نكلة الثمن على هذا النحو . لكن قد تكون الزيادة
 جسيمة بحيث تكون نكلة الثمن المناسبة لهذه الزيادة من شأنها أن تجبر المشتري
 بزهده في المبيع ويولد لو أنه لم يتعاقد ، في هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب
 مسح البيع ، فلا يعود ملزماً بنكلة الثمن . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً
 في التفسير المدني السابق ، فكان المشتري بالخيار بين نكلة الثمن أو مسح البيع ،
 إلا أنه كان لا يجوز له طلب الفسخ إلا إذا كانت الزيادة في المبيع أكثر
 من ١/٢٠ (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

وإذا كان الثمن مقدراً حلة واحدة ، فسواء كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير
 قابلاً له ، فالظاهر ، بالرغم من سكوت النص ، أن قدر المبيع في هذه الحالة
 واحد لا أصلاً على النحو الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، والوصف لا يقابله
 من الثمن . ومن ثم يكون للمشتري أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ،
 أو يدفع شيئاً للبائع في مقابل الزيادة . ويؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية
 للمشروع التمهيدى من أنه « إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً حلة واحدة ،
 فالمتعارفين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على التدر المعين -
 وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - ولذلك
 يفسخ البيع ، ولا يطلب المشتري بزيادة في الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق
 على غير ذلك (١) » . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التفسير المدني السابق
 م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

٢٠ - تفادى المماوى التي نشأت عن نقص المبيع أو زيادته :
 وبحلص بما قد ساء أنه نشأ عن نقص المبيع أو زيادته مماوى ثلاث : (١) دعوى
 إنقاص الثمن ، تكون للمشتري إذا كان هناك نقص في المبيع على النحو الذي

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ من ٦١ - ويظهر هذا الحكم أنه البيع كان في يد البائع
 وكان في يده أن يفسد مقداره . فإذا قصر في ذلك ، وبما به يضمن مقدار حلة واحدة ، عليه
 أن أن يبيع بتعديله بل ذلك على أنه الراسخ هذا الثمن في كل المبيع .

قدمناه. (٢) دعوى فسخ البيع ، تكون للمشتري أبناً إذا كان هناك نقص جسيم في البيع ، أو كانت هناك زيادة وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة. (٣) دعوى تكملة الثمن ، تكون للبائع إذا كانت هناك زيادة في البيع وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة

وقد راعى المشرع في هذه الدعاوى الثلاث وجوب استقرار التعامل ، فيجعلها كلها تتقادم بمدة قصيرة هي سنة واحدة (م ٤٣٤ مدني) ، حتى لا يبقى البائع (١) مهلاً مدة طويلة يرجع المشتري عليه بانقاص الثمن أو بفسخ البيع ، وحتى لا يبقى المشتري كذلك مهلاً مدة طويلة يرجع البائع عليه بتكملة الثمن (٢).

(١) والبائع هو المشتري ولو كان قبل البيع شريكاً في الشئ ثم أفرز نصيبه وباعه مفرزاً ، فإن الشريك الآخر لا شأن له بالعجز الذي يظهر في المبيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت حالة الشروع بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما ، وأصبح كل منهما وقت أن تصرف في حصته مالكاً لها ملكاً مفرزاً محضاً ، فإن أيهما لا يضمن في هذه الحالة إلا المساحة التي يبيعها على التحديد في عقد البيع ، ولا شأن للآخر بأى عجز يظهر في المبيع . وذلك لأن تحميل كل منهما نصيباً من العجز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشروع بينهما ، أما بعد القسمة فإن كلا منهما يتحمل العجز الذي وقع في الحصة التي اختص بها (نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ٩ ص ٧٢) .

(٢) ويسرى هذا التقادم حتى لو كان البيع بالمراد الجبري (استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٠٠ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٥) - هذا ولا تسرى مدة التقادم هذه إلا لعجز أو زيادة في مقدار المبيع الذي تعين في العقد . أما إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب المشتري لقطعة أرض أخرى يدعي أن البيع يتناولها حسن المبيع ، أو بطلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعي أن البيع لا يتناولها ، أو كان البيع يتناول قطعاً مختلفة من الأرض وتبين أن قطعة منها لا يملكها البائع فرفع المشتري دعوى الضمان ، أو كان الشئ مقدراً تقديراً وقتياً على أن يقدر نهائياً بعد تقرير المبيع - فن جميع هذه الأحوال لا تتقادم الدعوى - وهي ليست دعوى عجز أو زيادة - بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة وهي المدة العادية للتقادم (استئناف وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٤ ص ٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٤٣ ص ٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٥ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٢ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٨٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٤ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٧ - أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٥ ص ١٦٤)

ويبدأ سريان التقادم من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً ، ففي هذا الوقت يستعين المشتري أن يتبين ما إذا كان البيع فيه نقص بوجب إنقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن فيبادر إلى طلب الفسخ حتى يتوق دفع هذه التكملة . ومن ثم اشترط القانون بأن يكون التسليم تسليمًا فعلياً ، إذ التسليم الفعلي وحده دون التسليم الحكي هو الذي يهيئ أسباب العلم بما تقدم . وانفسخ المجال للبائع نفسه إلى وقت تسليمه المبيع للمشتري تسليمًا فعلياً ، فلا يسرن تقادم دعواه بتكملة الثمن إلا من هذا الوقت ، لأنه يتبين عادة في هذا الوقت ما إذا كان بالبيع زيادة تجعل له الحق في طلب تكملة الثمن (١) .

= فقرة ٣٥٤ ص ٥٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٩٠ ص ٢٢٠ - ص ٣٢١ وص ٣٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٩ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٥٧ و فقرة ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٥) . ولا تسرى مدة السنة على الدعوى المبنية على تعهد خصمى حصل بعد عند البيع الأصل وتعهد فيه المشتري بدفع ثمن الزيادة التي تظهر في مساحة الأطنان المبيعة (استئناف وطنى ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣) .

ولا يجوز الاتفاق على زيادة السنة أو على إنقاصها ، لأن المادة ٣٨٨ مدنى قد قضت بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف على المدة التي عينها القانون (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٥٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن اتفاق الخصوم على ميعاد للمطالبة بقيمة المبيع أو الزيادة فيه لا يمكن أن يترتب عليه تغيير في المدة المقررة لسقوط هذا الحق ، وإنما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة إلا من تاريخ الميعاد المتفق عليه (استئناف وطنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٢٥) . ولكن يجوز أن يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع بسبب عجز المقدار قبل انقضاء السنة ، إذا وضع يده على المبيع وهو عالم بالعجز مما يفهم منه أنه نزل نزولاً ضمنيًا عن حقه (انظر م ٢٩٦/٢١٥ مدنى سابق وقد تقدم ذكرها آنفاً فقرة ٢٩٧ فى الماش - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٥ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٤ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٠٠ هامش ١) .

وجوز إبداء الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لانقضاء سنة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف وطنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٦ ص ٢٩) .

(١) وغنى عن البيان أنه إذا سقطت دعوى ابائع بتكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت التسليم العمل ، لم يعد هناك مقتضى لدعوى المشتري بفسخ البيع لئيفادى دفع تكملة الثمن ، فإن هذه التكملة لن تطلب منه لسقوط دعواها بالتقادم ، هذا إلى أن دعوى الفسخ في هذه الحالة تكون هي أيضاً قد سقطت بالتقادم مع سقوط دعوى تكملة الثمن ..

وقد كان التقنين المدني السابق هو أيضاً يجعل مدة التقادم لهذه للدعوى الثلاث سنة واحدة (١) ، ولكنه كان يجعل السنة تسري من وقت البيع (م ٢٩٦/ ٣٧٠ مدني سابق) ، أى في وقت يصبح ألا يكون المشتري أو البائع قد علم فيه بسبب نشوء دعواد ، ومن أجل ذلك كان هذا الحكم موضع انتقاد (٢) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدني السابق بأن مدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم (استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٢/٤٢٦ ص ٨٦٥) . ولكنها قضت بأنه إذا صادف اليوم الأخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الأجل إلى اليوم التالي استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٢/٣١٤ ص ٦١٩) .

(٢) ولذلك كان القضاء في بعض أحكامه يحسم مبدأ سريان السنة من وقت التسليم للفعل (استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١/٣١٤ ص ٦١٩ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨١ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٧) . ولكنه في أكثر الأحكام كان يجعل مبدأ السريان من وقت العقد تطبيقاً للنص الصريح (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٢ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٩ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٤ - ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣١ ص ٢٠٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٧ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٠) . على أن محكمة الاستئناف المخلطة قد قضت بأن اتفاق المتبايعين على مقياس المبيع في وقت معين لمعرفة العجز أو الزيادة يجعل مبدأ سريان التقادم هو وقت المقاس لا وقت العقد (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٦) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يتبين مما تقدم في المادة السابقة - أن هناك حالات يطلب فيها المشتري إنقاص الثمن إذا نقص المبيع نقصاً غير جسيم ، أو الفسخ إذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن إذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمل المشتري على طلب الفسخ . ففي هذه الحالات جيباً تسقط الدعوى في الفسخ أو في انقاص الثمن أو في زيادته بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا حقيقياً . وهذا الحكم أصحح عيباً في التقنين الحال (السابق) ، إذ جعل للتقادم يسرى لا من وقت العقد (م ٢٩٦/ ٣٧٠) ، بل من وقت التسليم الحقيقي للمبيع ، فلا يمكن التسليم الصوري . وظاهر أن التسليم الحقيقي وحده هو الذى يمسى للمشتري وللبائع كشف حقيقة النقض أو الزيادة في المبيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .

ويلاحظ أنه إذا أبرم عقد بيع قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ونشأ عن هذا العقد دعوى انقاص ثمن أو فسخ أو تكملة ثمن لوجود نقص أو زيادة في المبيع ، فإن التقادم يسرى من وقت التمدد وفقاً لأحكام التقنين المدني السابق . أما إذا كان البيع قد أبرم في تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين الجديد هي التى تسرى ، ولا يبدأ التقادم إلا من = (م ٣٧ - الوسيط ج ٤)

وغنى عن البيان أن مدة السنة لا توقف بسبب عدم توافر الأهلية ولولم يكن لدائن نائب يمثله قانوناً (م ٢/٣٨٢ مدني) ولكنها تكتزن قابلة للانقطاع (١).

§ ٣ - ملحقات المبيع

٣٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (٢) » .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٨٥ - ٢٨٩ وطني والمواد ٢٥٨ - ٣٦٢ مختلط (٣) .

= وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً . وقد ورد نص صريح في هذه المسألة ، اذ نصت المادة ٢/٧ مدني على ما يأتي : « على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة بيده التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك على المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

(١) الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٦٠ ص ٢٠٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

« ١ - يشمل التسليم ملحقات شيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . ٢ - فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع الأحكام الآتية ، ما لم يقض العرف بغير ذلك : (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل متفرق يمكن فصله دون تلف . (ب) بيع الأراضي الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول . (ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مفروسة ، ولا يشمل الثمار الناضجة . ولا الشجيرات المرروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل . (د) بيع الحيوان يشمل صفاره التي يرضعها كما يشمل النصف والشعر المهيأ للجزء » . وفي لجنة المراجعة حذف الفقرة الثانية « لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها » ، وبقيت الفقرة الأولى وحدها مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٤٤ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس التاريخ تحت رقم ٤٣٢ : (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤ - ص ٥٥ وص ٤٧) .

(٣) التقنين المدني السابق م ٣٥٧/٢٨٥ : يجب أن يكون التسليم شاملاً للتسليم وللمبيع ما يمد

من الملحقات الضرورية له . يجب على المبيع وقصد المتعاقدين .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢١ - وفي التقنين المدني للعراق مدنتين ٥٣٦ - ٥٣٧ وفي تقنين المرجبات والعقود البناني المواد ٤١٨ - ٤٢١ (١).

= م ٣٥٨/٢٨٦ : في حالة عدم وجود شرط في عقد البيع تتبع القواعد المقررة في الأحوال الآتية بيانها ، إن لم يقض عرف الجهة بغير ذلك .

م ٣٥٩ مختلط : بيع ابقرة الحلوب يشمل ولدها الرضيع .

م ٣٦٠/٢٨٧ : بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المفروسة ، لا يشمل الأثمار النضجة ولا الشجيرات الموضوعة في الأوعية أو في بقعة مخصوصة منه المدة لسفل .

م ٣٦١/٢٨٨ : بيع الأرض لا يشمل ما فيها من المزروعات .

م ٢٨٩ وطني : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التي يمكن نسيها بدون تلف .

م ٣٦٢ مختلط : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التي يمكن نقلها بدون تلف . وفضلا عن ذلك يتبع في هذه المادة عرف البلد .

(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، لاسيما إذا رجعنا إلى ما حذف من نص المشروع التمهيدي فيما قدّمناه باعتباره تطبيقات للقواعد العامة) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ - دائرة ١٠٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢١ ، مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٦ : على السانع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن ...

م ٥٣٧ : يدخل في البيع من غير ذكر : (أ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبعيمها الرضيع . (ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة ، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدوده والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي لدار ، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المفروسة على سبيل الاستقرار . (ج) كل ما يجري العرف على أنه من مشتلات المبيع . (وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٨ - فقرة ١٧٠ - والأستاذ عباس حسن العراف فقرة ٣٨٥ -

فقرة ٣٩٢) .

تقنين المرجبات والعقود البناني م ٤١٨ : موجب تسليم الشيء يشمل ملحقاته :

م ٤١٩ : أن تسليم العقار يشمل أيضاً الثوابت الحكيمة ، فهي تعد حتماً من ملحقات المبيع .

م ٤٢٠ : يشمل بيع الحيوان : أولاً صغيره الرضيع .

ثانياً : الصوف أو الشعر الذي حل مبيعات جزءه .

تسليم المبيع يشمل إذن تسليم ملحقاته . ونعهد أولاً ما هو المقصود بالملحقات ، ونورد بعد ذلك تطبيقات مختلفة تحده ما تشتمل عليه الملحقات في حالات معينة .

٣٠٢ - تحديد معنى ملحقات المبيع : نقول المادة ٤٣٢ مدني كآرأنا ،

إن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . وبوهم النص أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع غير ملحقاته والواقع غير ذلك فكل ما أعد لاستعمال الشيء المبيع بصفة دائمة يعد من ملحقاته (١) فلزم إذن تحديد ما هو المقصود بملحقات الشيء .

بحسب لهذا الغرض التمييز بين ملحقات الشيء وبين ما يقرب منها وقد يختلط بها فالشيء يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست من الملحقات بل هي الأصل . فالدار مثلا تشتمل على الأرض التي تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طبقات ، وتشتمل كذلك على السلم والردهات والحديقة إن وجدت وسور الدار إن كانت لها سور قائم ونحو ذلك . فهذه كلها أجزاء الدار وليست ملحقاتها . ونماء الشيء ليس من ملحقاته ، بل هو يدخل في أصل الشيء ، ويتميز بأنه أصل حادث وجد بعد البيع . فاذا بيع حيوان مثلا ، فناء الحيوان أي كبره في الفترة ما بين البيع والتسليم داخل في أصله وليس ملحقا به ، وإن كان قد حدث بعد البيع . والتحاق طمى بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل في أصلها ، ولا يعتبر من ملحقاتها (٢) ، وقد حدث هذا أيضاً بعد البيع (٣) . ومنتجات (produit) الشيء ليست من أصله ، بل هي تتولد منه وليكن بصفة عارضة بصفة دورية . فالمعادن التي تستخرج من باطن المنجم ، والأحجار التي تقطع من المحاجر ، وولد الحيوان الذي يولد بعد البيع لا قبله (٤) ، كل هذه منتجات

== م ٤٢١ : إن المتزمات والأشياء الزمنية الموجودة ضمن شيء من المنقولات لا تحب داخلة في البيع ، إلا إذا نص على العكس .

(وأحكام التقنين اللبناني تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) بودري وسيبيا فقرة ٣١٤ من ٣١٧ .

(٢) قارن بودري وسيبيا فقرة ٣١٦ .

(٣) أنظر أيضاً فقرة ٣٩٥ .

(٤) أما تيمية فقد يكون من الملحقات .

الشيء ، فلا تدخل في أصله ، ولا تعتبر من ملحقاته . وثمرات (fruits) الشيء هي أيضاً ليست من أصله ولا تعتبر من ملحقاته ، بل هي ما يتولد من الشيء بصفة دورية ، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وريع الدور وأرباح الأسهم والسندات .

أما ملحقات (accessoires) الشيء فهي ليست من أصله ، ولا من ثمراته . ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته . فهي شيء غير الأصل والثمار ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهي ليست متولدة من الأصل ، لا بصفة عارضة كالمنتجات ، ولا بصفة دورية كثمرات ، وهذا أيضاً ظاهر . بل هي شيء مستقل عن الأصل ، غير متولد منه ، ولكنه أعد بصفة دائمة - لا بصفة وقتية - ليكون تابعاً للأصل وملحقاً به ، وذلك حتى ينهياً للأصل أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال . فالملحقات هي إذن ما يتبع الأصل وبعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول المادة ٤٣٢ مدني هي وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه ، فانها لا تعتبر من الملحقات .

واعتبار أن شيئاً ما يعتبر من ملحقات شيء آخر ، على الوجه الذي قدمناه ، أو لا يعتبر ، يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات (١) ، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر في عدم اعتبار المشاغل والشطأ من الملحقات ، وهذا كله مالم يوجد اتفاق بين المتبايعين . فالأصل إذن أنه إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات ، وجب اعتباره كذلك ووجب أن يشمل التسليم . وإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع العرف ومطابقة طبائع الأشياء ، مع الاستهداء بالتطبيقات المختلفة التي منوردها .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعي عليه في الأرض التي اشتراها مؤسساً على أن المشتري إذا قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطلق محكوم به في مواجهة البائع ، فقد التزم - التزاماً شخصياً - بالامتناع عن انتعاش لمن تقرره حق الارتفاق فهذا الحكم يكون موافقاً للقانون ، ولا يصح الطعن فيه بقوله إنه إذا اعتبر الحكم الذي ترد عليه الارتفاق في مواجهة البائع - على المشتري رغم عدم زججه قد عانت نص المادة الثانية من قانون التسجيل (نقش) على ١٢ يناير سنة ١٩٤٩ بمرسوم رقم ٣٧٣ من ٢٠٢) .

المشترى بتملك أصل البيع ونمائه بعقد البيع ، لأن الأصل والنماء - وهو - من الأصل - يدخلان مباشرة في العقد . ويتملك المنتجات والثمار لأنه ملك للأصل الذي تولدت منه المنتجات والثمار ، ومن ملك الأصل متى ما تولدت منه . ويتملك الملحقات لأنها تدخل ضمناً في عقد البيع ، ويشملها التزام التسليم . ونرى من هذا أن ملكية المشتري للثمرات ترجع إلى سبب غير السبب الذي يملك به الملحقات ، وقد صيقت الإشارة إلى ذلك (١) .

٣٠٣ - تطبيقات مختلفة في صفقات البيع : ونورد بعض تطبيقات

توضح ماهي الأشياء التي يمكن اعتبارها ملحقات للمبيع في أحوال معينة .
فالمبيع بوجه عام ، أي كان ، تلحق به الأوراق والمستندات المتعلقة به ، كاستندات الملكية (٢) ، وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري وصورة من المستندات التي يستبقها البائع لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشتري (٣) . ويلحق بالمبيع أيضاً حقوق الارتفاق التي قد تكون له ، وكذلك بوالص التأمين التي قد تكون معقودة لتأمينه ويكون المشتري بالنسبة إلى هذه البوالص خلفاً خاصاً (٤) .

(١) أنظر آناً فقرة ٢٨٣ .

(٢) استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٧ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١٥ (حتى لو اشترط البائع ضمان الاستحقاق) .

(٣) أنظر المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد وتنص على أن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » . وقد سبق القول إن هذه المسألة قد حذفت في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة : أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٥٢ - ص ٥٣ - وانظر ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) وكذلك تنتقل الدعاوى التي تكون للبائع بالنسبة إلى الشيء المبيع ، كما لو كان المسح أرضاً ونزعت ملكية جزء منها فينتقل التمييز إلى المشتري ، وكذا إذا كان المبيع منزلاً فينتقل إلى المشتري دعوى البائع بالنسبة . نيل المهندس والمقاول اللذين قاما ببناء المنزل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠) ، ولكن لا تنتقل الدعوى التي لايجل فيها المشتري محل البائع =

وإذا كان المبيع منزلاً ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل في الملحقات المنقولات التي يمكن فصلها دون تلف . ويترتب على ذلك أن الأفران المثبتة في المطابخ والمغاسل (بنوار) المثبتة في الحمامات تعتبر من ملحقات المنزل المبيع ، ولا تلحق به المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة (١) .

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل في الملحقات حقرق الارنفاق لما قدمنا ، والمزروعات غير الناضجة دون المزروعات الناضجة فهذه لا تدخل (٢) . ودخل في الملحقات أيضاً الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام (م ٥٣٧ مدني عراقي) . فإذا كان المبيع «عزبة» ، دخل في ملحقاتها المواشي والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص ، وكذلك المخازن ووزاري المواشي وبيوت الفلاحين

= كخلف خاص ، من ذلك دعاوى التعويض التي تكون لبائع عن إتلاف أو تخريب المبيع من الغير وقع قبل البيع ، ومن ذلك دعوى العين التي قد تكون لبائع قبل بانه (أنيكليبيدي دالوز ه لفظ Vente فترة ١٠٥٠ - فترة ١٠٥١) . وتنتقل إلى المشتري دعاوى الضمان - ضمان الاستحقاق وضمان الديوب الخفية - التي للبائع قبل بانه (أنيكليبيدي دالوز ه لفظ Vente فترة ١٠٧١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوحاً فيه كل ما يحدثه المستأجر في الأعيان من إصلاحات أو إنشاءات تكون ملكاً للمستأجر ، ثم باع المزرع هذه الأعيان ، فكل الحقوق التي كتبها المزرع قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري ، وقيماً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج من فعله غير المشروع بتلك الأعيان (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦ ص ٨٢) .

- (١) أنظر الشروح التمهيدية والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥٦ .
- (٢) أنظر الشروح التمهيدية والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥٦ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بيع الأرض الزراعية لا يشمل المحصول الذي حصده البائع وخزنه إلا إذا وجد اتفاق على العكس . والذي يدخل هو المحصول الذي لم ينضج باعتباره من ملحقات الأرض ، أما ما نضج منه ويمكن جنيهه ، وقت تصير فلا يدخل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٢) . ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ٤٢ ص ٤٢ (لا يدخل المحصول القائم ولو كان غير ناضج دون اتفاق : أنظر فيها القمح ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٤ ص ٥٤ - كحفر مرسر ٨ يوليو سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٤ ص ٦٤) .

نحو ذلك (١). وكذلك يدخل من هذه الملحقات بلصة ما يباع من العزبة على الشبوع ، أما إذا بيعت العزبة أجزاء مفردة لم تدخل هذه الملحقات تبعاً لأى جزء مفرد منها ، بل تبقى للبائع (٢) .

وإذا كان المبيع بستاناً (أرض جناب) ، دخل فى ملحقاته الأشجار المفروسة والثمار التى لم تنضج ، بل لعل هذه تعتبر أجزاء المبيع لا مجرد ملحقات . ولا يدخل فى الملحقات الأثمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل (الخطأ أو المشغل) (٣) .

وإذا كان المبيع مصنوعاً ، دخل فى ملحقاته المخازن التى تودع فيها المصنوعات . المنازل التى أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعهم ونحو ذلك . وإذا كان مبيع متجراً ، فإن البضائع وعقد إيجار المكان الذى أقيم فيه المتجر والاسم التجارى (٤) وماركة الفابريكة ، والعملاء وحقوق المستخدمين والعمال والتزامات

(١) وإذا بيعت أرض زراعية ، لم يدخل دون ذكر فى ملحقاتها بيوت ومبان تكون عزبة مستقلة ، وبخاصة إذا كانت مساحة هذه العزبة تصل إلى فدان والأرض المبيعة كلها لا تزيد على ٤٢ : أنا (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧) - ولا يدخل دون ذكر الموائى فى الأرض الزراعية التى امتنع - البائع نقلها بسبب إجراءات صحة (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٨) . ويدخل تبعاً للأرض النخل المزروع فيها (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٥) . ويقضى أمرف بالادخل لسرائى دون ذكر (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٥) . أما الدوار فيجب قصد المتبايعين (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦١) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يدخل فى بيع الأرض ما هو عليها عند البيع من أبنية أو رابورات أو مواش أو ما أشبه ذلك إذا لم يذكر صراحة فى عقد البيع دخولها ضمن المبيع ، فإذا كانت الأرض مشغولة بالأبنية أو الرابورات وكان نص عقد البيع قاصراً على الأرضى اعتبر البيع من الأرض فقط (استئناف وطنى ٣ يونيو سنة ١٩٠١ المرقف ١٦ ص ٢٢١) ، ولا تدخل فى بيع الأرضى المخازن المدة لحفظ الحصاد حتى المبنى منها فى الأرضى ، لا الآلة البخارية لرى هذه الأرضى مع رى غيرها ، إذا لم يذكر شىء صريح فى عقد البيع استئناف وطنى ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٦٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣١٥ .

(٣) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٤) مع إضافة عبارة قيد خلافة المشتري للبائع فى متجره إذا كان الاسم التجارى هو الاسم لسمى البائع .

للتجبر وديونه ، كل هذا تعتبر عناصر المتجر ، فهي أجزاؤه وليست مجرد ملحقات له (١). أما ملحقاته فهي بوليصة التأمين إن وجدت ومستندات الملكية ودفاتر الحسابات وعناوين العملاء ونحو ذلك .

وإذا كان المبيع حيواناً ، دخل في ملحقاته الولد الرضيع ، لا الذي شب عن الرضاع إذا كان قد ولد قبل البيع ، أما إذا ولد بعد البيع فهو من متجانه ويدخل في البيع كما قدمنا . ودخل أيضاً الصوف الشعر ولو كان مهياً للجز (٢) ، بل إن ذلك قد يعد من أجزاء المبيع .

وإذا كان المبيع سيارة ، فإن عجلاتها وأدوات الإدارة فيها تعتبر من أجزائها . أما الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها (٣) .

وإذا كان المبيع مؤلفاً أو لوحة رسم أو تمثالاً أو غير ذلك من الأعمال الأدبية والفنية ، فإن حق طبعه مرة أخرى - طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من التمثال - يكون من ملحقات المبيع (٤) . ولكن إذا باع المؤلف عدداً محدوداً من النسخ من مؤلفه دون أن يبيع حقه كزلف ، لم يجوز للمشتري أن يعيد طبع الكتاب . وإذا كان المبيع اختراعاً (brevet d'invention) ، دخل في ملحقاته المستندات التي تشتمل على سر الاختراع وكيفية الاستفادة منه إفادة كاملة (٥) .

(١) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣٢٠ . وقد نصت المادة ٤ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على أنه « لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبنية في العقد ، فإذا لم يعين على وجه الدقة ما يتناوله الامتياز ، لم يقع إلا على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإجارة والاتصال بالملاء والسمة التجارية » . وهذا التحديد خاص بما يتناوله امتياز البائع لا بعناصر المبيع ، لأن العناصر يدخل فيها دون شك البضائع والمهمات والسلع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٠٨ ص ٢٥٨) .

(٢) المشروع التهديوي والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ - وانظر المادة ٤٢٠ من تقنين الموجبات والعقود البناني (انظر آتياً فقرة ٣٠١ في الماشر) .

(٣) وإذا كان المبيع طيارة ، دخل في ملحقاتها الترخيص المجدد لها في الطيران ، لاسيما إذا كان المشتري قد اشترط ذلك على البائع (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٠) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٣٢٣ . ومع ذلك فقد قضى قانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ في فرنسا بأن حق النطع لا يدخل في البيع إلا بشرط خاصر (كولان وكابيطان ٢ هرة ٨٩١ ص ٥٩٧) .

(٥) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠ .

وإذا كان المبيع أسهماً وسندات ، فإن قسائم الأرباح (الكوبونات) المستحقة قبل البيع لا تدخل في الملحقات إلا باتفاق خاص ، أما قسائم الأرباح التي تستحق بعد البيع (١) فهي من الثمرات لا من المشتريات . وإذا ربح السند حائزة اعتبرت جزءاً من السند ، أو هي في القليل من منتجاته .

وإذا كان المبيع منقولاً آخر ، دخل في ملكه ثمة للصندوق الذي يحتويه ، وجد ، ومستند ملكيته . ولكن لا يدخل في الملحقات الأشياء الثمينة التي قد توجد ضمن المنقول ، كما إذا بيعت ساعة من فضة فلا يدخل في ملحقاتها السلسلة الذهبية التي قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها (٢) .

المطلب الثاني

كيف يتم التسليم

٣ - طريقة التسليم وزمانه ومكانه ونفقته : يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المعينين . ونفقات التسليم تكون في الأصل على البائع .
فتبحث إذن : (١) طريقة التسليم (٢) زمان التسليم ومكانه (٣) نفقات التسليم .

١٥ - طريقة التسليم

٣٠٥ - النصري القانونية : تنص المادة ٤٣٥ من القانون المدني على ما يأتي :

١٥ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام البائع

(١) استئناف محظوظ ٢٠٢٠ م ١٧ ص ٢٣٥ .

(٢) انظر المادة ٤٢١ من قانون الميراث والعقود البناني (آفاق ٢٠١ في الهامش) .

قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٧١/٢٤٢ - ٢١٠/٣٤٤ (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، حتى لو لم يستول عليه احتيالا ماديا ، مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه .
٢ - ويكون تسليم المبيع على النحو الذى يتفق مع طبيعته . فيتم تسليم العقار بتسليم المفاتيح أو مستندات التملك ، أو بتغليط البائع له . ويكون تسليم الشئ بالسلوك بالسلوك أو بتسليم مفاتيح المكان الذى يوجد فيه ، أو بتحويل سند الإيداع أو التخزين ، أو بتسليم هذا السند . ويتم تسليم الحق بتسليم سنده ، أو بالتأجيل فى استعمال هذا الحق ، وإذا كان استعمال الحق يستلزم حيازة شئ وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشئ دون عائق .
٣ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد الاتفاق إذا كان الشئ فى حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية . وفى لجنة المراجعة : « است التمرة الثانية له . ص ٢٦٨ » وأصبحت المادة رقمها ٤٤٨ فى المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة الشيوخ استبدلت عبارة « مادام البائع قد علمه بذلك » بعبارة « مادام يعلم أن المبيع تحت تصرفه » ، وقد قصد بهذا التعديل ضبط المسك ، وأصبحت المادة رقمها ٤٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٧ وص ٦٩ - ص ٧١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧١/٢٤٢ : تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف

المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالفعل . م ٢٧٢/٢٤٢ : يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها ، فتسليم العقار إذا كان من البائى يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ، وإذا كان عقاراً آخر بتسليم حديقته ، وهذا وذلك إن لم يكن مانع لو وضع يده المشتري عليه . وتسليم المنقولات يكون بالسلوك من يد إلى يد ، أو بتسليم مفاتيح الخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات . ويجوز حصول التسليم بمجرد إرادة المتعاقدين إذا كان المبيع موجود تحت يد المشتري قبل البيع لسبب آخر . م ٢٧٢/٢٤١ : تسليم مجرد احتراق يكون بتسليم سندها ، أو بتحويل البائع للمشتري بالانتفاع بها إن لم يوجد ما يمنع من الانتفاع المذكور . (ولا تخلط أحكام التقنين السابق من أحكام التقنين الجديد) .

المادة ٤٠٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ١٠٨ - ٥٤٠ وفي تقنين الموجبات والعقود البنائي المواد ٤٠٢ - ٤٠٤ (١).
وبئين من النص أن التسليم إما أن يكون تسليماً فعلياً أو تسليماً حكماً .

(١) التفهيمات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٣ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١١٦ - فقرة ١٣٠) .

التقنين المدني الليبي م ٢٤٤ : (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٨٨ : ١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه ينسب به المشتري من قبضه دون حائل . ٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذاً من البائع له في القبض .
م ٥٣٩ : إذا كانت الدين الجبيلة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراكها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة .
م ٥٤٠ : ١ - إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائنه ، أو باعته منه ، أو وجهه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع . ٢ - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وجهه أو رهنه أو تصرف في أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد قام هذا انفس مقام قبض المشتري .
(والأحكام في التقنين العراقي لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٨ - فقرة ١٦٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٨٤) .

تقنين الموجبات والنسب البنائي م ٤٠٢ : التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وأن يتنفع به بدون مانع .
م ٤٠٣ : يتم التسليم على الأوجه الآتية : أولاً - إذا كان المبيع عقاراً فبالتخلي عنه وتسليم مفاتيحه عند الافتضاء ، بشرط ألا يلاق المشتري إذ ذاك ما يحول دون وضع يده على المبيع . وثانياً - إذا كان المبيع من المنقولات ، فبالتسليم الفعلي أو بتسليم مفاتيح المباني أو الصناديق المحتوية هل تلك المنقولات أو بأية وسيلة أخرى مقبولة عرفاً . ثالثاً - يتم التسليم ، حتى بمجرد قبول المتعاقدين ، إذا كان إحصار المبيع غير ممكن في ساعة البيع ، أو كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري لسبب آخر . رابعاً - ويتم أيضاً بتحويل أو بتسليم شهادة الإيداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة .
م ٤٠٤ . إن تسليم المبيعات غير المادية ، كحق المرور مثلاً ، يكون بتسليم الأستناد أثر تثبت وجود الحق ، أو بإجازة البائع للمشتري أن يستعمله بشرط ألا يحول حائل دون هذا الاستعمال - وإذا كان موضوع الحق غير مادي وكان استعمله يستوجب وضع اليد على شيء ما ، فعل البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع .
حكام في التقنين البنائي لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري) .

٣٠٦ - التسليم الفعلي : يكون التسليم الفعلي ، كما نقول النقرة الأولى

من المادة ٤٣٥ مدني فيما قدمناه ، بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولولم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك . فالتسليم الفعلي ينطوي إذن على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري : وبشروط حتى يعتبر المبيع موضوعاً تحت تصرف المشتري أن يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك (١) . ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلاً إلى المشتري بحيث يستول على المبيع استيلاء مادياً ، وما دام المشتري متمكناً من هذا الاستيلاء فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، حتى قبل أن يستول المشتري على المبيع (٢) ، وحتى لو لم يستول عليه أبداً (٣) . ذلك أنه كما نقول الملائكة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٤) - إذا كان التسليم التزاماً في ذمة البائع ، فإن التسليم ومع حيازة المشتري بالفعل

(١) استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٥

(٢) بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٧٠ ص ٧٥ .

(٣) ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته . فقد يعتبر المشتري متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته . وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستول عليه استيلاء مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . وإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً يمكنه من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما شيئاً من الخزان الذي يوجد فيه ، وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تملك المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ - بودرى وسينيا فقرة ٢٩٨ - بلائيول وريبير وهامل ١٩ ص ٧٥ هامش ٢) .

هذا ويسمى التسليم الذي لم يعقبه تسليم في بعض الأحيان تسليماً قانونياً ، تمييزاً له عن التسليم الفعلي الذي يعقبه التسليم (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٦ ص ١٣٦) . ونؤثر أن نحفظ عبارة التسليم الفعلي لكل تسليم مادي ، أعقبه التسليم أو لم يعقبه ، تمييزاً له عن التسليم المحكي الذي يتعرض له فيما بعد .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

للمبيع التزام في ذمة المشتري (١). (٢) أن يعلم البائع المشتري بوضع البيع
تصرفه على النحو المتقدم الذكر. وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٥
مبنى يقول في ذلك عن المشتري: « مادام يعلم أن البيع قد أصبح تحت تصرفه » ،
وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة « مادام البائع قد أعلمه
بذلك » ، وقصد بهذا التعديل ضبط الحكم (٢). ويظهر من ذلك أنه أريد
ألا يكون علم المشتري بوضع البيع تحت تصرفه أو جهله بذلك محل منازعة بينه
وبين البائع ، فرؤى ضبطاً للحكم أن يكون علم المشتري مستمداً من البائع نفسه
حسماً لكل نزاع محتمل . فيجب إذن ، حتى يتم التسليم ، أن يخطر البائع المشتري
أن البيع قد وضع تحت تصرفه . ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار ، فقد
يكون بانذار رسمي إذا أراد البائع الاحتياط الشديد ، وقد يكون بكتاب مسجل
أو غير مسجل ، وقد يكون شفويًا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه قام
بهذا الواجب وأنه أخطر المشتري فعلاً بوضع البيع تحت تصرفه .

ومتى اجتمع هذان العنصران : فإن البائع يكون قد أتم تنفيذ التزامه بتسليم
المبيع (٢) .

٣٠٧ - تطبيقات في التسليم الفعلي : يبنى في التسليم الفعلي أن نورد
بعض تطبيقات تبين كيف يكون وضع البيع تحت تصرف المشتري على النحو
الذى قدمناه ، سواء كان ذلك في العقار أو في المنقول أو في الحقوق المحردة .

(١) وقد يبدأ المشتري البائع قبض البيع دون اعتراض من البائع ، فيكون هذا تسليمًا
صحيحاً يعبر ذمة البائع من التزامه . ويقول التقنين المدني العراقي في المبنى في الفقرة الثانية
من المادة ٤٣٨ : « وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يتقبض وسكت ، يعتبر إذنًا من
البائع له في القبض » (انظر آتياً فقرة ٣٠٥ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٠ — وانظر آتياً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٨ —
ص ٦٩ - وفي بيع التجربة يتم بيع التسليم حتى قبل تجربة المشتري للمبيع ، فالتسليم غير التجربة
وهو يسبقها عادة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٩٣ ص ٢٣٧) . ويجوز للبائع ، لإتمام التسليم ،
أن يعرض المبيع على المشتري عرضاً حقيقياً ، وعرضه على المشتري أمام المحكمة البضاعة البيعة هو
مرض حقيقى (انظر مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٠ ص ٣١٠) .

فإذا كان المبيع عقاراً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون أولاً بشئيلة البائع له ؛ فإذا كان داراً بسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها وأن يخرج ماله من أثاث وأمتعة فيها . وإذا كانت أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك . فلابد إذن من إخلاء العقار أولاً ، ثم يأتي بعد ذلك تمكين المشتري من الاستيلاء عليه . ويقع كثيراً أن يكون مجرد إخلاء العقار منظوياً في الوقت ذاته على تمكين المشتري من الاستيلاء عليه (١) ، ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشتري مفاتيح الدار حتى يتمكن من دخولها (٢) ، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض حتى يتمكن المشتري من التصرف فيها (٣) ، أو عقود الإيجار الواقعة على الدار أو على الأرض حتى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين : أو بوالص التأمين حتى يتمكن المشتري من التعامل مع شركة التأمين ، أو ذلك كله أو بعضه بحسب ما يكون في يد البائع . وقد رأينا أن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للقنين المدني الجديد - وقد حذفت لأنها مستفادة من القواعد العامة كما قدمنا (٤) - كانت تنص على أن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » .

وإذا كان المبيع منقولاً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة بمناولته إياه بدأييد ، ويتيسر ذلك في المنقول في أكثر الأحيان . ولكن قد يحصل ذلك أيضاً بتسليم المشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان

(١) فلا ضرورة لأى عمل رمزى يصحب وضع العقار تحت تصرف المشتري (استئناف مخطوط ٧ يناير ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩ .

(٣) وليس من الضروري أن تكون مستندات الملكية كاملة قاطعة في أن البائع هو المبيع ، فالبايع ملزم بتسليم المستندات التى معه المشتري ، فإذا تبين بعد ذلك أن هذه المستندات لا تنقطع في ملكية البائع للمبيع ، وتعرض أحدها للمشتري أو ظهر للمبيع ستحق - فعند ذلك يرجع المشتري على البائع بضمأن التعرض أو الاستحقاق (بلايزيل وريجر وهامل ١٠ فقرة ٧٣) . ويجوز التأخر في تسليم البائع مستندات ملكيته للمشتري لا يبرر فسخ البيع (استئناف مخطوط ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ في الماشر .

آخر بآخر هذا المنقول (١) ، أو بتحويل سند الشحن أو الإبداع أو التخزين ، أو إن كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في جهة ما (٢) ، أو بتسليم هذا السند للمشتري إذا كان للسند لحامله (٣) . وقد يحصل ذلك بمجرد التخلية ، كما إذا كان المبيع محمولات لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً لا تزال فوق الأشجار ، فيبطل البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها (٤) . وقد يحصل ذلك بافراز الشيء المعين بنوعه فقط في حضور المشتري ودعوته لتسلمه ، ويقع الإفراز بالهد أو الكيل أو الوزن أو المقاس .

وإذا كان المبيع حقاً مجرداً ، كحق المرور ، فإنه يوضع تحت تصرف المشتري بنفسه . سنده إن كان له سند سابق ، أو بالترخيص للمشتري في استعمال هذا الحق مع تمكنه من ذلك بإزالة ما قد يحول بينه وبين المرور (٥) . قد يكون المبيع حقاً شخصياً لاحقاً عينياً ، كما في حوالة الحق ، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه (٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة ومزية للمنقول غير حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هو في الخزانة . وكون الشيء ماصلاً فعلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح الخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لا يعني أن كل من يحمل مفتاحاً للخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها ، لأن حل المفتاح لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان مسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستقل به بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ، رقم ١١٧ ص ٣٢٧) .

(٢) ويجوز للمشتري في هذه الحالة أن يحول السند إلى آخره ، وللآخر حق قبض المبيع المودع في المخزون (استئناف محتاط ٢٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٤) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) بودري وسينيا فقرة ٢٩٤ ص ٢٩٥ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٦٩ .

(٦) بيدان ١١ فقرة ٣٨٧ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٦ ص ٣٠١ - وفي الأسهم والكتيبات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفي السندات والشيكات الإذنية يكون التسليم بالنظير ، وفي السندات الإسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة (م ٢٩ و ١١٣ تجاري) .

وينبني من هذه التاميلات - كما نقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) - أن طريقة التسليم تكيف حسب طبيعة المبيع (٢).

٣٠٨ - **التسليم الحكيمى** : ويقدم مقام التسليم الفعلى على النحو الذى قدمناه التسليم الحكيمى ، أو كما تدعوه المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى (٣) ، التسليم المعنوى . والتسليم الحكيمى يتم - كما نقول الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدنى فيما رأينا - بمجرد تراضى المتعاقدين ، وبتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم الحكيمى بذلك عن التسليم الفعلى بأنه اتفاق (convention) أو تصرف قانونى (acte juridique) ، وليس بعمل مادى .

وللتسليم الحكيمى صورتان : (الصورة الأولى) أن يكون المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع ، باحالة أو إعاره أو ودعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشتري حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته ، ولكن لا كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كمالك له من طريق الشراء . فتتغير نية المشتري فى حيازته للمبيع ، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت (٤) . وهذه الصورة هى التى كان التقنين المدنى السابق (م ٢٧٢/٢٤٣) ينص عليها وحدها . (الصورة الثانية) أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك ، فقد خرج عن الملكية بعقد البيع ، بل كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك مما يترتب على عقد يتم بين المشتري والبائع بعد البيع ويستلزم نقل حيازة الشئ من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) ويسمى هذا التسليم : tradition brevi manu .

ثم يعود إلى نسله من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبنى البيع في بد البائع بعد أن يتفق الطرفان (١) على أن هذا يعد تسليماً من البائع للمشتري ثم إزاء حيازته من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى تلى عقد البيع . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبنى الشيء في حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلى (٢) . وهذه الصورة الثانية لم بغرض لها التقنين المدنى السابق ، وشملها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التقنين المدنى الجديد فيما قدمناه .

وكلتا الصورتين الأولى والثانية ليست إلا تطبيقاً لمبدأ عام في انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالاً حكماً ، وقد ورد هذا المبدأ في المادة ٩٥٣ مدنى إذ تنص على أنه « يميز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز و ساعاً بده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً بده ولكن لحساب نفسه » (٣) .

وقد أورد التقنين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسليم الحكى يمكن الأخذ بها في مصر دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتى : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » (٤) . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكى المتقدمتين ، بأن فيها انتقالاً مادياً لحريّة المبيع . كما تتميز عن التسليم الفعلى ، بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسلم المبيع ، هو شخص تعاقد مع

(١) ويسمى هذا الاتفاق : *contitut possessorio* (بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤)

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٥٤٠ مدنى عراقى في هذا المعنى على أنه « إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إل بائنه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع » أنظر آتفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) أنظر آتفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

المشترى واستلزم التعاقد أن يقبض البائع هو أيضاً ، كمتأجر من المشتري أو مستير أو مودع عنده أو مرتهن وعن حيازة أو سطر أو مودع له . فبعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذي أبرمه مع المشتري ، وقبضاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني .

٥ ٢ - زمان التسليم ومكانه

٣٠٩ - زمان التسليم : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يعين زمان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد ، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد ، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة للمراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٢) .

والواقع من الأمر أن هذه المادة المحلوفة يستفاد حكمها في غير عماء من القواعد العامة المقررة في الفصل المتعلق بالوفاء ، وتقررهما المادة ٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : ١٥ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - على أنه يجوز

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٣٤٨/٢٧٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يجب أن يكون التسليم في الوجه المعين له في العقد ، فإذا لم يشترط فيه شيء بهذا الخصوص وجب التسليم وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب المهرات » . وهذا نص يورد نفس الأحكام التي أوردها المشروع التمهيدى فيما قلناه ، وإن لم يذكر صراحة للمواعيد التي تقتضيها طبيعة المبيع ، ولكن علة يمكن استخلاصها من اتفاق ضمنى بين التبايعين . ولا يوجد في التقنين السوري ولا التقنين الليبي ولا التقنين العراقي نص مقابل ، فالقواعد العامة هي التي تسمى كما في مصر . وينص تقنين الموجبات والمقود الجنائي في المادة ١٠٧/١ على ما يأتي : « يجب أن يكون التسليم في الوقت المعين له في العقد ، وإذا لم يعين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها طبيعة المبيع أو العرف » . وهذا النص يخفى في حكمه مع حكم التقنين المصري .

(٢) مجموعة الأعمال المحضيرية ٤ ص ٧١ في الحاشي ٢٤ في الحاشي .

في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين
إلى سفل أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق
الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

فالأصل إذن أن يتم التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ، وهذا إذا لم يتفق
المتبايعان على ميعاد معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم
المبيع في ميعاد معين ، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئاً من الوقت في تسليمه ،
أو أمهل القاضى البائع في تسليم المبيع إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا
الإمهال (١) .

والذى يقع عادة أن المتعاقدين يتفقان في عقد البيع على ميعاد التسليم ،
فيجب العمل بهذا الاتفاق . فان لم يوجد اتفاق ، فقد يقضى العرف بالتسليم
في ميعاد معين ، ويقع ذلك كثيراً في التعامل التجارى حيث يحدد العرف مهلة
مينة لتسليم المبيع . فان لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، واقتضت طبيعة المبيع
تأخير التسليم إلى وقت معين ، كما إذا كان المبيع شيئاً غير معين إلا بنوعه وكان
المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك
للمشتري ، فان طبيعة المبيع هنا تقتضى أن يتأخر التسليم وقتاً معقولاً يتيسر فيه
للبيع الحصول على المقادير المبيعة من السوق (٢) . فان لم يكن هناك اتفاق
أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيراً في التسليم ، وجب أن يكون التسليم
فوراً بمجرد انعقاد البيع كما قدمنا ، إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضى

-
- (١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٣ ص ٢٧٣ .
(٢) وإذا سكنت المشتري عن دفعات من المبيع متأخرة بسبب أزمة طرأت ، ثم عاد بعد مدة
طويلة عندما ارتفعت الأسعار يطالب بالتأخير ، لم يحق له ذلك لأن سكوته دليل على نزوله
عن حقه (استئناف مخطوط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٤) . ولا يستحق تعويض عن
تأخر البائع في تسليم المبيع إلا بعد الإعذار (استئناف مخطوط ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣
ص ٣٠٠) . ولا حاجة للإعذار إذا كان البائع قد أرسل البضائع في وقت متأخر مما يتحتم منه
تأخرها عن ميعاد التسليم (استئناف مخطوط ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨) . ولكن الأصل
هو ضرورة إعذار البائع المتأخر في التسليم (استئناف مخطوط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥
ص ١٧٠ - ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ - ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨
ص ٣٠٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٨
١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٩) .

للبائع مهلة في التسليم ، كما إذا كان المبيع بضاعة يستوردها البائع وقد تأخرت في الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع في أن يمنحه القاضي هذه المهلة .

على أنه يلاحظ أن الثمن إذا كان مستحق الدفع ولم يدفعه المشتري ، فللبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن (١) ، حتى لو منع المشتري نظرة البسرة . وهو في ذلك يستعمل من حسن المبيع المقرر له ، والذي منعرض له تفصيلاً فيما يلي .

٣١٠ - **مطلبه التسليم** : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل أيضاً على نص يعين مكان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١٦ - يجب أن يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ - فإذا كان المبيع منفرداً ولم يعين محل وجوده ، اعتبر موجوداً في موطن البائع (٢) . وقد حذفت هذه

(١) فلو سلم المشتري المبيع دون إذن البائع وقيل أن يدفع الثمن الحال ، لم يكن ذلك التسليم صحيحاً ، وجاز للبائع استرداد المبيع . ولكن إذا ملك المبيع في هذه الحالة وهو في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الملاك على المشتري (م ٢٧٤/٣٤٥ مدني سابق ، وهي تطبيق للقواعد العامة فيسرى حكمها دون حاجة إلى نص) .

وإذا اشترط ميعاد لدفع الثمن دون أن يشترط ميعاد لتسليم المبيع ، وجب تسليم المبيع فوراً بمجرد البيع وتأخير الثمن إلى حلول أجله (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٤) . وإذا كان ميعاد التسليم ولم يتم ، كان البيع مشلولاً عن التمريض إلا إذا منه عن ذلك قوة قاهرة كتأخر طرود البريد بسبب الحرب (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٢ - وعلى البائع إثبات القوة القاهرة (استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥١ - أنظر أيضاً في تأخر البائع في التسليم بسبب القوة القاهرة أو بخطأ منه : استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٢ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٠٦ - ٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤ - ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٦ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٣ - ٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٤) .

(٢) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٥/٣٤٦ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت البيع ، ما لم يشترط ما يخالف ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع الحكم المقرر في المادة المحذوفة . وكانت المادة ٢٧٦/٣١٧ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « إذا تعين في عقد البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل وجوده الحقيقي ، فيكون هذا التعيين ملزماً لائق بنقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري »

القاعدة أيضاً ، لأنها مستفادة من القواعد العامة ، (١) .

والنص المذكور يترتب عنه بصدق حكمه فعلا من القواعد العامة المقررة في فصل الوفاء ، وتقرر بها المادة ٣٤٧ مدني على الوجه الآتي : ١ - إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

فالأصل إذن ، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، أن يكون التسليم في المكان الذي يكون هذا الشيء موجوداً فيه وقت انعقاد البيع (٢) . وقد يكون الشيء المعين بالذات منقولاً لم يعين مكان وجوده وقت البيع ، فالمفروض عندئذ أن المنقول يصحب البائع حيث يقيم ، فيكون مكان تسليمه في موطن البائع أو في مكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال . أما إذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه ، أو كان حقاً مجرداً

== ذلك . وفي حالة ما إذا لم يمكن النقل أو ترتب عليه تأخير مضر بالمشتري ، يكون له الحق في البيع مع أخذ التضمينات إذا كان البائع حصل منه تدليس . وهذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ليسرى حكمه دون حاجة إلى نص (الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي نقلة ٣٠١٦) .

ولا يوجد في التقنين السوري ولا في التقنين الليبي نص مقابل ، فالقواعد العامة هي التي تسرى كما في مصر . وتنص المادة ٥٤١ من التقنين المدني العراقي على أن : ١ - مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد . وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده ، اعتبر مكانه محل إقامة البائع . ٢ - أما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين ، لزمه تسليمه في المحل المذكور . والنص تطبيق للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التي تسرى في مصر . وتنص المادة ٤٠٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه : يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت إنشاء العقد ، ما لم يشترط العكس - وإذا عين في عقد البيع محل لوجود المبيع غير المحل - فيكون فيه حقيقة ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري نقله . وهذا النص أيضاً تطبيق للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التي تسرى في مصر .

(١) بحسب الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ في الهامش وس ٧٤ في الهامش .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٢ .

كحق شخصى حوله الدائن ، فان التسليم يكون فى موطن البائع أو فى مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التى تقضى بأن الدين يسعى إليه (portable) ولا يسعى (quérable) . وهذا كله ما لم يتفق المتبايعان على مكان آخر يسلم فيه المبيع ، فيجب حينئذ العمل بهذا الاتفاق . فإذا عين للمبيع مكان وجود غير مكان وجوده الحقيقى ، كان هذا بمثابة اتفاق على أن يكون التسليم فى هذا المكان المعين ، وكان البائع ملزماً بنقل المبيع من مكانه الحقيقى إلى المكان المعين .

٣١١ - زمان تسليم المبيع المصدر ومطابقه - نص قانونى :

وقد ينص القانون ، فى حالات خاصة ، على تعيين زمان التسليم ومكانه . من ذلك نصت عليه المادة ٤٣٦ مدنى ، فى خصوص المبيع إذا وجب تصديره للمشتري ، من أنه إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (١).

فإذا كان المبيع يجب تصديره إلى المشتري فى مكان غير المكان الذى هو فيه ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى

استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٩ من المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ وص ٧٢ - وص ٧٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ومن ثم كانت القواعد العامة هى التى تسرى ، فيكون مكان التسليم هو موطن البائع - أى مكان التصدير لا مكان التوريد - لأن البائع هو المدين بالتسليم ، وكذلك زمان التسليم هو زمان الإرسال لا زمان الوصول (أنظر آتياً فقرة ٢٤٨) . ويقابل النص فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٤ (مطابقة لتقنين المصرى) - وفى التقنين المدنى اليابى المادة ٤٢٥ (مطابقة لتقنين المصرى) - ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى (تفسرى القواعد العامة وهذه تقضى بإمكان التصدير وزمان الإرسال) - وفى تقنين الموجبات والمعقود البنائى المادة ٤٠٦ وتجبرى على الوجه الآتى : « إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان إلى آخر ، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو إلى مثله » . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى الجديد . ويتساند مع المادة ٤٠٦ الآتية الذكر المادة ٣٩٩ من نفس التقنين البنائى ، وتجبرى على الوجه الآتى : « يحصل البائع مخاطر المبيع فى مدة سفره إلى أن يستلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف » .

خصائص يشحنها البائع للمشتري ، فان القواعد العامة التي قدمتها كانت تفضي ، بكون التسليم في مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم ، فتم التسليم في هذا المكان وفي وقت الشحن . وفي هذا الوقت أيضاً يتم إفراز المبيع إذا كان في الأصل شيئاً غير معين إلا بنوعه ، فتنتقل الملكية إلى المشتري وتكون تبعة الهلاك عليه في الطريق . ونرى من ذلك أن واقعة الشحن هذه كانت ، طبقاً للقواعد العامة ، تحدد وقت إفراز المبيع ووقت نقل ملكيته ووقت التسليم ومكانه ومبدأ انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري . ولكن المادة ٤٣٦ مدني المتقدمة الذكر جاءت استثناء من هذه القواعد العامة . فلم يفتق النبايعان على أن يكون التسليم عند الشحن أو عند التفريغ وفي هذه الحالة يعمل بهذا الاتفاق ، فان النص يقضي بأن يكون التسليم عند وصول المبيع إلى المشتري أي عند التفريغ ، ويكون ذلك في موطن المشتري الذي هو دائن بالتسليم ، لا عند الشحن الذي هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم .

ومن ثم يجب التمييز في هذا الصدد بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه . فإذا كان المبيع المصدر منقولاً معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد البيع ، وكان زمان التسليم ومكانه عند التفريغ وفي محطة الوصول ، وكانت تبعة هلاكه على البائع قبل التسليم ، فيكون خطر الهلاك في الطريق على البائع لا على المشتري . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، ويغلب أن تكون بضاعة يصدرها تاجر إلى تاجر آخر ، فان ملكية البضاعة لا تنتقل إلا بالإفراز ، والإفراز يتم عند التسليم . وزمان التسليم يكون في هذه الحالة أيضاً وقت التفريغ (١) ، ومكانه محطة الوصول . فتنتقل الملكية إذن عند التفريغ ، ولما كان

(١) ويراعى المألوف والصرف في تقدير الزمن الذي تصل فيه البضاعة المصدرة (استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٩) ، فتأخر نحو شهرين في وصول البضاعة المصدرة عن ميناء بيعه يكون مفتقراً (استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣١) . وتحديد زمن الوصول مع اقتران التحديد بتحفظ ، كأن يقول « إذا أمكن » ، لا يفترق فيه أن يكون الزمن ثلاثة أسابيع المألوف (استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٧٤ ص ٢٦٤) . وإذا اشترط المشتري وصول البضاعة في وقت معين وإلا كان البيع مفسوخاً ، كان للمشتري الحق في رفض البضاعة التي وصلت بعد الجهاد ، وليس عليه إغذار البائع (استئناف مخطوط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٩ ص ١٢٤) .

خطر هلاك البضائع التي تخرج من عزن البائع في الطريق على من يملكها
(٩٤ تجارى) ، فان تبعة الهلاك تكون على البائع اذ هو المالك الى أن تصل
البضائع محطة التفريغ (١)

٣٤ - نفقات التسليم

٣١٢ - نفقات تسليم المبيع على البائع : وكان المشروع التمهيدى
يشتمل كذلك على نص يعين من تكون عليه نفقات تسليم المبيع ، فكانت
المادة ٥٨٠ من هذا المشروع تنص على أن : نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد
اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، ويخل في هذه النفقات ما صرف على المبيع
في نقله إلى مكان التنفيذ وفي مقاسه ووزنه وحزمه (٢) وقد حذفت هذه المادة
هى أيضاً لأنها مستفادة من القواعد العامة (٣) .

والنص المخلوف يستفاد حكمه فعلاً من القواعد العامة ، وتقررهما المادة ٣٤٨
مدنى في فصل الوفاء على الوجه الآتى : « تكون نفقات الوفاء على المدين ،
إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة
الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ .

(٢) ويقابل هذا النص في التفتين المدنى السابق المادة ٢٨٤/٣ ، وكانت تجرى على الوجه
الآتى : « على البائع مصاريف تسليم المبيع ، كأجرة نقله لمل التسليم وأجرة كياله ومقاسه
ووزنه وغير ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع حكم كنص المخلوف .

ولا يعادل كنص لا في التفتين المسمى ولا في التفتين الجيسى ، فتسرى القواعد العامة كما في
مصر ، وتكون مصروفات التسليم على البائع إذا لم يكن اتفاق أو عرف مخالف . وفي التفتين
المدنى العراقى تنص المادة ٢٢٢ ، على أن : تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تلزم
البائع وحده ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وهذا الحكم يتفق مع القواعد
العامة . وفي تفتين الموجبات والمفود الجنائى تنص المادة ٤١٦ على أن : يحصل البائع -
إذا لم يكن نص أو عرف مخالف - : أولاً - مصاريف تسليم كأجرة الكيل والوزن
أو لمد أو تعيين الحجم - ثانياً - المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله إذا كان للمبيع غير
مادى . وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصرى .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ - ص ٧٢ .

فالأصل إذن أن البائع - وهو المدين بالتسليم - هو الذى يتحمل نفقاته .
 ويدخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع
 لا يزر إلا بأحد هذه الطرق ، فإن الإفراز عملية ضرورية للتسليم تسبقه وتعمده له .
 ويدخل أيضاً فى نفقات التسليم مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم
 إذا لم يكن هذا المكان حيث يوجد المبيع فعلاً ووجب نقله إلى مكان آخر .
 ويدخل كذلك فى نفقات التسليم مصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة ،
 أو مفاتيح المكان الذى يوجد فيه المبيع ، إلى المشتري . وإذا كان على المبيع
 تكاليف تحملها البائع كما إذا كان بضاعة مستوردة ويجب دفع الرسوم الجمركية
 عليها حتى يتسلمها البائع ليسلمها للمشتري ، فتكون الرسوم الجمركية
 على البائع (١) . وكل مصروفات أخرى يستلزمها وضع المبيع تحت تصرف
 المشتري حتى يتم التسليم تكون على البائع .

وهذا إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشتري
 لا على البائع . فأجرة عداد النور أو المياه مثلاً - وهى مصروفات لإفراز المبيع -
 تحدد فى الأصل على البائع ، أى على شركة النور أو شركة المياه (٢) ، ولكن
 كثيراً ما يقضى الاتفاق بأن تكون أجرة العداد على المستهلك . كذلك قد يقضى
 العرف بأن يكون الوزن والكيل ونحو ذلك على المشتري لا على البائع ، أو مناصفة
 بين المشتري والبائع .

٣١٣ - نفقات تسليم المبيع على المشتري - اهالة : ومنرى أنه إذا كان

تسليم المبيع التزاماً فى ذمة البائع ، فإن تسلمه التزام فى ذمة المشتري (م ٤٦٤ مدنى)
 ومن ثم تكون مصروفات التسليم - كمصروفات نقل المبيع من مكان التسليم
 إلى الجهة التى يريد بها المشتري ورسوم المرور والترانزيت والدخولية وغير ذلك -

(١) فإذا زادت الرسوم الجمركية فى الفترة ما بين البيع ودفع هذه الرسوم ، لم يكن للبائع
 الحق فى زيادة الثمن ، كما أنها إذا نقصت لم يكن المشتري حق فى إنقاص الثمن (قارب بلانيول
 وريبير وهامل ١٠ ص ٧٩ هامش ١) .

(٢) الذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الاموال التحضيرية ٤ ص ٧٣ .

على المشتري لا على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق أو حرف يجعل هذه المصروفات على البائع . وسنعود إلى ذلك عند الكلام في تسليم المشتري للمبيع (١) .

المطلب الثالث

الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم
(تبة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم)

٣١٤ - التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين :

وإذا أدخل البائع بالتزام التسليم على النحو الذي قلناه ، فامتنع عن التسليم ، أو سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع ، أو تأخر في التسليم عن زمانه ، أو أراد تسليم المبيع في غير مكانه ، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم التي سبق أن بسطناها (٢) ، فإن المشتري يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني

(١) أنظر مايل فقرة ٤٢٤ .

(٢) كأن يكون البائع لم ينف بالثمن إلى بانه فلم يتمكن من أخذ المبيع وتسليمه للمشتري (استئناف مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦٦ ص ٥) ، أو كأن يكون البائع قد تصرف والمبيع ولا يمكنه الحصول على مثله ، وفي هذه الحالة إذا أخطر البائع المشتري بذلك لم تعد هناك حاجة لأن يعذر المشتري البائع (استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧) ، أو كأن يكون البائع لم يسلم ملحقات المبيع (استئناف مخطط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١١ ص ١٤) . ويستحق التعويض بمجرد ثبوت أن سعر البضاعة وقت وجوب التسليم أعلى من الثمن (استئناف مخطط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥) . ويمتد بالسعر وقت وجوب التسليم لا وقت المطالبة التي قد تتأخر (استئناف مخطط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢١ ص ٣٧٩ - ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٥ - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٨) . وإذا وجب تسليم المبيع على دفعات ، نظر إلى وقت وجوب التسليم بالنسبة إلى كل دفعة (استئناف مخطط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٩) . ويجب على البائع الحصول على المبيع (الأنطية) وقت وجوب التسليم وإلا تحمل الفرق (استئناف مخطط ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٨) . والتعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع هو ثمرات المبيع من وقت البيع إلى وقت التسليم بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير مدفوع (استئناف مخطط ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧) . وفي بيع القطن إذا اشترط المشتري عند عدم التسليم مبلغاً معيناً أو دفع الفرق في الحال ، لم يحز للمشتري أن يجمع بين التعويضين بل عليه أن يختار أحدهما ، وفي حساب الفرق في السعر يجب الاعتماد باليوم الذي كان يجب تسليم القطن فيه (استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٩٢٢ م ٢٨ ص ٣٥٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٣٦٤) .

إذا كان ذلك ممكناً ، كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع وللقاضى سلطة تقديرية في إجابه إلى طلبه ، وله أن يطلب في الحالتين تعويضاً عما عسى أن يكون أصابه من الضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه (١) . وكل هذا يكون طبقاً

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري عند تأخر البائع في التسليم الحيار بين التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التضمينات في الحالتين . وليس في رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزول من التائب الآخر . وليس للبائع أن يحتج بأن المشتري لم يدفع الثمن مع أن المتفق عليه دفع الثمن قبل التسليم إذا كان الثابت أن البائع لم يبد استعداداً للتسليم حتى بعد إنذاره من المشتري أن المشتري على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط في البيع (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ٢٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة إذ قضت برفض الدعوى التى أقامها الطاعن بطلب فسخ البيع قد أقامت قضاها على أن الدقيق موضوع البيع شحن سليماً غير مصاب بالتلف الذى وجد به عند تحيله ، وأن التأخير في تفريغ شحنة السفينة وفى وصول وثائق الرسالة كان راجعاً إلى ظروف الحرب ، وأن البائنة بمجرد علمها بتفريغ الدقيق لم تأل جهداً في سبيل الحصول على إذن تسليم محل محل سائفة الشحن الذى تأخرت ، وأن هناك عوامل نجحت ولم يكن للبائنة دخل فيها حالت دون وصول الدقيق إلى المشتري وسببت تأخير البند في عملية التخليص ، وأن على فرض هطول أمطار غزيرة أثناء تخزين الدقيق في المراء لدى شركة الاستيداع وكانت من عوامل زيادة تلفه فلا يصح أن تسأل عنه البائنة لأنه هكذا كان نظام التخزين في المراء بحكم الضرورة في ذلك الوقت ، فهذا تحصيل موضوعى سائغ (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٨) .

ولا يجوز للمشتري فسخ البيع أو طلب تعويض لتأخر البائع في التسليم إلا إذا أعذر البائع (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٦ ص ١٤٠ - استئناف مخطط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٢ - ٢٠ بونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ١١ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٣ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٤) . فإذا لم يعذر المشتري البائع ووقع عليه دعوى الفسخ والتعويض ، ولم يتسلك البائع بعدم الإعذار بل ناقش المشتري في نتائج عدم تنفيذه لالتزامه ، لم يعد للبائع بعد ذلك الحق في التمسك بعدم الإعذار (استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧٨) . وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ وجب عليه أيضاً طلب التعويض ، فلا يستحق دعوى التعويض إلى دعوى مستقلة يرفضها بعد دعوى الفسخ (استئناف مخطط ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٨) . ولا يجوز للمشتري طلب الفسخ إذا كان إخلال البائع بالتزامه إخلالاً غير جسيم ، كما إذا تأخر في تسليم مستندات ملكية المبيع (استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٥٢ ص ١٩٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨) ، أو سلم أكثر المبيع بعد انقضاء ميعاد التسليم =

لقواعد العامة التي قررناها في نظرية العقد وفي نظرية تعبد الالتزام (١) فإذا تأخر البائع عن التسليم مثلاً ، كان للمشتري أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بهذا التأخر (٢) ، كأن يكون المبيع بضائع رخص سعرها عند تسليم المشتري لإياها متأخرة وكان يستطيع بيعها بثمن أعلى لو أنه تسلمها في الميعاد (٣) . بل يجوز للمشتري ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يشتري البضائع التي امتنع البائع عن تسليمها ، ويكون ذلك على نفقة البائع . ويحصل البائع على إذن من المحكمة قبل الشراء ، وعند الاستعجال يحرمه دون إذن ، لكن بعد

= (استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٢٠) وإذا كان الشاكون متعددين وكانوا متضامنين في التزامهم نحو المشتري ، وحصل المشتري من مبيع أصبح لإخلائهم هذه الالتزامات ، كانوا متضامنين في التعويض المستحق للمشتري (استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٩) .

(١) وقد ينفق المتبايعان في عقد البيع كل أنه إذا تأخر البائع في تسليم المبيع كان للمشتري فسخ العقد ، ومثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشتري ، فإذا اختاره أجابه إليه إلى طلبه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، ولكن يجوز ألا يختار المشتري العقد . مع الحالة ويبدل منه إلى طلب التنفيذ (بلاتيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٢ — الأ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٦ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١) . وقد يكون البيع عقد توريد ، فيورد البائع السلعة للمشتري بكميات معينة في أوقات دورية ، فلا يتناول الفسخ ماسبق توريده من الكميات إلا إذا كان العقد غير قابل للتجزئة (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٥٢ — دي باج ٤ فقرة ١٠٤ — أنسيكلوبيدي دالكوز vente فقرة ١١٨٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٥ مكررة ص ٢٦٩) . وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ لتأخر البائع في التسليم ، ثم عرض البائع أن يسلم المبيع ، فإن هذا العرض لا يتحكم معه رفض دعوى الفسخ (استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) .

(٢) استئناف مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٤ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ — ٣ يوفية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٠ — ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٥ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٧) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المشتري الذي باع العين التي اشتراها بأزيد من الثمن الذي اشترى به أن يرجع على البائع في حالة الحكم بفسخ البيع ، ليس فقط بالثمن الذي دفعه إليه ، بل بالتضمينات أيضاً . ومن ضمن هذه التضمينات الفرق بين الثمن الذي اشترى به الثمن الذي باع به للمير (استئناف وطني ٢ ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/١٢ ص ١١٦) .

إعذار البائع ، أن يشتري البضائع على نفقته (١) .

- ولما كان الالتزام بالتسليم التزاما بتحقيق غاية كما قدمنا ، فإن البائع إذا لم يسلم المبيع للمشتري ، حتى لو كان ذلك واجبا إلى سبب أجنبي ، كما إذا هلك للمبيع أو تلفت بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، فإن البائع يكون مع ذلك لم يغم بالزمه بالتسليم فيصبح مسئولا عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم على البائع لا على المشتري ، وهذا ما تنتقل الآن إليه ، فتستعرض حالة هلاك المبيع هلاكا كلياً ، ثم حالة هلاكه هلاكا جزئياً أو نقص قيمته لتلف أصابه (٢) .

١٥ - تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم

٣١٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » (٣) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٧١/٢٩٧ (٤) .

(١) هل أنه لا يجوز للمشتري أن ينتظر مدة طويلة ، حتى إذا ما ارتفع السعر طالب بالتنفيذ ، بل يعتبر انتظاره هذه المدة الطويلة بمثابة حصول منه من طلب التنفيذ الذي إلى طلب الفسخ (استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٤١) .

(٢) وينتفى بالتقادم التزام البائع بالتسليم ، ومدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت نفاذ الالتزام بالتسليم (استئناف مخطوط أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٩ ص ١٨٠) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٠ من المشروع النهائي . ورائت عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٧ (مجموع الأعمال التحضيرية : ص ٧٥ ص ٧٦) .

(٤) التفسير المنع السابق : م ٣٧١/٢٩٧ : إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إيماله ، وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع ، إلا إذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد .

وبقابل في التفهيمات المدنية العربية الأخرى: في التفهيم المدني السوري للمادة ٤٠٥ -
وفي التفهيم المدني الليبي للمادة ٤٢٦ - وفي التفهيم المدني العراقي للمادتين
٥٤٧ - ٥٤٨ - وفي تفهيم الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ (١) .

= (والحكم يتفق مع حكم التفهيم الجديد . ومع ذلك أنظر المادة ٣٠٧/٢٤١ مدني سابق ، وكانت تجعل تبعه الهلاك في الشيء غير المبين إلا بنوعه على المشتري بعد الإفراز ، ولكن لما كان يطلب أن يتم الإفراز وقت التسليم ، فقد كانت تبعه الهلاك هنا أيضاً تنتقل للمشتري عند التسليم في الغالب . الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٨٧ ص ٣١٤) .

(١) التفهيمات المدنية العربية الأخرى : التفهيم المدني السوري م ٤٠٥ (مطابقة المادة ٤٣٧ من التفهيم المدني المصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٣٤) .
التفهيم المدني الليبي م ٤٢٦ (مطابقة للمادة ٤٣٧ من التفهيم المدني المصري) .

التفهيم المدني العراقي م ٥٤٧ : ١ - إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه للمشتري بهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إتمام المشتري لتسلم المبيع : وإذا فُتقت قيمة المبيع قبل التسليم تلفت أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن ، ٢ - مل أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية . م ٥٤٨ : ١ - ما يقبض على سبيل الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه الثمن . أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه .

٢ - وما يقبض على سبيل الخطر ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك دون تعد .

(وهذه الأحكام مستفقة مع أحكام التفهيم المصري - وبزيد التفهيم العراقي بأن يبين من يتحمل تبعه الهلاك في القبض على سبيل الشراء والقبض على سبيل الخطر ، مستفاداً ذلك من أحكام الفقه الإسلامي . وأنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٩١ - فقرة ١٩٣ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٠٩ فقرة ٤٣٤) .

تفهيم الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩٦ : يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاماً -
عالم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً . ثانياً - مخاطر العين المبيعة .

م ٣٩٧ : إذا انعقد البيع على شيء معين بنوعه فقط ، أو انعقد على شرط الوزن أو العدد أو القياس أو التجربة أو الفرق ، أو انعقد بمجرد الوصف ، فالبايع يبق متحلاً بمخاطر المبيع وإن كان قد أصبح بين يدي المشتري ، إل أن يعين أو يوزن أو يمد أو يقاس أو إل يقبله الشاري أو مثله .

٣٩٨ : إذا كان البيع تخييرياً وقد عرفت مهلة للاختيار ، فالشاري لا يتحمل مخاطر إلا بعد وقوع الاختيار ، عالم يكن ثمة نص مخالف .

٣١٦ - تحمل البائع تبعه المهرول قبل التسليم منسوب على التزام

بالتسليم : قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع ، ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه .

وقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط (١) أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا ، أى غير متفرع عن التزام الملكية ، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر ، وفي هذه الحالة يكون هلاك الشيء الواجب التسليم على مالكة ولو هلك قبل التسليم . فإذا هلكت العين للمؤجر قبل أن يسلمها للمؤجر للمستأجر ، فانها تهلك على المؤجر باعتباره المالك . وكذلك إذا هلكت هذه العين قبل أن يردها المستأجر للمؤجر ، فانها تهلك على المؤجر أيضاً باعتباره المالك . ذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغنم ، وهو الذى يتحمل الغرم .

لكن إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، فالأصل أن الهلاك (٢) يكون على المدين

= م ٣٩٩ : يتحمل البائع مخاطر المبيع في مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٤٠٠ : إذا بيع نمر على شجر أو متجبات بستان أو محصول لم يحن وقت اجتنائه ، فالنمر أو البقول تبقى ضمان البائع إلى أن يتم النضوج .

أنظر أيضاً المادتين ٤١٥ — ٤١٦ من التقنين اللباني وسيأتى ذكرهما . (وأحكام التقنين اللباني تختلف عن أحكام التقنين المصري ، وتتفق مع أحكام التقنين الفرنسي ، في أنها تجعل تبعه الهلاك قبل التسليم على المشتري ، إلا إذا كان المبيع لم يتبين أو لم يقبله المشتري نهائياً) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٠ — فقرة ٤٣١ .

(٢) ويراد به الهلاك زوال المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن بيع البضاعة المتعاقدة عليها بأمر من القضاء المستجمل خشية تلفها ، حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن الصادر بينهما ، لا يؤدي إلى انقضاء هذا العقد ، ولا يسوغ =

بالتسليم أى على البائع ، لا على المشتري وهو الدائن بالتسليم ولو أنه أصبح مالكا للمبيع بانتقال ملكيته إليه قبل أن يتسلمه . ويبرر الانحراف هنا عن القاعدة التي تقضى بأن يكون الهلاك على المالك أن الالتزام بالتسليم ، وهو متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على البائع ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة على العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة . وقد رأينا النص الوارد في البيع ، أما في الشركة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ مدني أنه « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الخاصة إذا هلكت .. » (١) .

= في ذاته الفسخ ، إذ يبيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك أن الهلاك الذي نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدني القديم المقابلة للمادة ٤٣٧ من القانون الجديد هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سحابة أو حادث مادي بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشي التلف ، فهو إجراء وقفي قصد به صيانة الشيء المبيع . « الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذي كان دائراً حول عين معينة إل بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذي ينصرف إليه أمر عقد البيع (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام للنقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

(١) أما التقنين المدني الفرنسي (م ١١٣٨ و م ١١٦٤) فلم يميز بين التزام التسليم مستقل والتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ففي الحالتين جعل الهلاك قبل التسليم على المالك أى على المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٠) - انظر في تعليقات أخرى في القانون الفرنسي لجعل الهلاك على المشتري ، فيقال تارة إن الهلاك على الدائن بالتسليم وهو المشتري ، ويقال تارة أخرى إن التزم بالثمن فإدام المشتري يفيد من زيادة المبيع فكذلك يتحمل تبعه هلاكه : أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ vente فقرة ٦٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٤٣ هامش ١) . ويبدو أن التحليل المقبول في القانون الفرنسي لجعل الهلاك على المشتري هو القاعدة التي تقضى بأن الهلاك على المالك (res perit domino) . ففي القانون الفرنسي التزام البائع الرئيسي هو التزام بنقل الملكية ، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانوياً بالنسبة إليه ، فلا يصح أن يفسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوي مادام الالتزام الأصل بنقل الملكية قد نفذ فأصبح المشتري مالكا له ببيع ، وباعتباره مالكا له يتحمل تبعه هلاكه .

٣١٧- هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم :

وسرر فيما قدمناه أن المبيع هلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائي . أما إذا هلك بفعل البائع ، فإن هذا يبقى من باب أولى مشئلاً عن الهلاك ، بل يكون أيضاً مشئلاً عن تعريض المشتري عما أصابه من اسرر ولا يقتصر على رد الثمن (١) . وإن هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري ، كان الهلاك في هذه الحالة على المشتري لأنه هو الذي تسبب فيه ، ووجب عليه دفع الثمن كاملاً إلى البائع إذا كان لم يدفعه ، ولا يسترده بطبيعة الحال إذا كان قد دفعه (٢) .

وليس في كل هذا إلا تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه إلى نص خاص . وقد كان هذا النص الخاص موجوداً في المشروع التمهيدى ، وهو نص المادة ٥٨٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين ، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشتري ، وجب دفع الثمن كاملاً . أما إذا كان بفعل البائع ، فإن طلب المشتري فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض ، وإن طلب بقاء العقد وجب إنقاص الثمن (٣) .

(١) لكن إذا أهلك البائع إهمالاً يسيراً تسبب عنه نقص في المبيع ، فإن ذلك لا يبرر فسخ البيع ولكن يستوجب إنقاص الثمن على سبيل التعويض . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أهلك البائع في مبنى الفطن المبيع بحيث قلت قيمته عن المقدار المتفق عليه دون أن تنزل درجة الجردة المشترطة ، فإن النقص القليل في الكمية لا يبرر الفسخ بل يسوغ إنقاص الثمن فقط (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٧٩ في الحاشية .

(٣) وكان في التقنين المدنى السابق نص مقابل هو نص المادة ٢٩٩/٣٧٣ : « وكان يجرى على الوجه الآتى : « في الحالتين السابقتين إذا كان هلاك المبيع أو حدوث العيب الذى أوجب نقص قيمته منسوباً للمشتري ، فيكون الثمن مستحقاً عليه بتمامه . أما إذا كان منسوباً للبائع ، فيكون ملزماً بالتفسيات إذا فسخ المشتري البيع ويتغير الثمن إذا أبقاه . » وقد نصت المادة ١٥ ، من تقنين الموجبات والعقود البنائى على أنه : « إذا هلك الشيء المعين الذى انعقد عليه البيع ، أو أصيب بجميع قبل التسليم بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته ، على الشروط التى مقتضاها : « أنه أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المشتريات ، فعلى البائع أن يدل على مماثلة صفة وتدارك ، مع الاحتفاظ بحق المشتري في طلب وزيادة بدل العطل الضرر =

وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة ، لأنها مستفادة من القواعد العامة (١) .

٣١٨ - هلاك المبيع بقوة قاهرة أو مارت فجائى قبل التسليم :

فنتصر هنا إذن على الحالة التى يكون فيها هلاك البيع قبل التسليم قد حدث بقوة قاهرة أو بمحادث فجائى ، أو كما نقول المادة ٣٤٧ مدنى السالفة الذكر قد حدث لسبب لا يد للبائع فيه (٢) ، وقد قدمنا أن الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع لا على المشتري ولو أن المشتري قد أصبح مالكا قبل التسليم . وقد ذكرنا أن السبب فى عدم تحميل المشتري تبعة الهلاك قبل التسليم بالرغم من أنه أصبح مالكا أن الملكية لا تخلص له فعلا إلا عند التسليم ، وأن التزام البائع بالتسليم هو جزء متمم لالتزامه بنقل الملكية ، فإذا كان التسليم لم يتم فإن التزامه بنقل الملكية يكون هو أيضاً ناقص التنفيذ بالرغم من أن الملكية تكون قد انتقلت إلى المشتري . فإذا هلك المبيع قبل التسليم بقوة قاهرة أو بمحادث فجائى ، فإن التزام البائع بالتسليم ، هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، يصبح مستحيل التنفيذ . ومتى أصبح التزام فى عقد ملزم للجانبين كعقد البيع مستحيل التنفيذ ، انفسخ العقد بحكم القانون طبقاً للقواعد العامة ، وهى القواعد التى قررتها المادة ١٥٩ مدنى على الوجه الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه التزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومتى انفسخ عقد البيع لاستحالة تسليم المبيع ، فقد سقط بانفساخه التزام المشتري بدفع الثمن ، وكان له أن يسترده من البائع إذا كان قد دفعه ، وأن يمتنع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . فيخرج البائع ، بانفساخ البيع على هذا الوجه ، وقد خسر المبيع وخسر الثمن ، فيكون هو الذى تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وعلى هذا انحر يجب تأصيل المادة ٤٣٧ مدنى السالفة الذكر ، فهى ليست كما

== عند الانقضاء . ونصت المادة ٤١٦ من نفس التقنين على أنه « إذا هلك المبيع أو فاعيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حالته ويلتزم ثمناً كاملاً » .

أنظر أيضاً المادة ٥٤٧/٢ من التقنين المدنى (آتفاً بقرة ٣١٤ فى الهامش) . وكل هذه النصوص لا تختلف فى أحكامها من أحكام القانون المصرى .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٧٧ فى الهامش و ص ٧٩ فى الهامش .

(٢) والبائع هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك (بلانويل وريبير وهامل ١٠ ص ٨١ هامش ٥) .

وأينما لا تطبيقاً لنظرية انفساخ العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ الالتزام

وهذا التأصيل ، وهو يتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، يتفق في الوقت ذاته مع أحكام الفقه الإسلامي وهي تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم (١) . ولذلك اعتاد الفقه المصري أن ينسب القاعدة التي أخذ بها التقنين المصري إلى الفقه الإسلامي ، وذلك لما رأى أن هذا التقنين سار عليها مخالفاً بذلك القاعدة التي أخذ بها التقنين الفرنسي كما سبق القول (٢) .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا كان حيناً معينة بالذات تنتقل تبعه هلاكه ، لا مع انتقال الملكية ، بل مع انتقال الحيازة (٣) . فلو كان المبيع عقاراً ، وهلك قبل التسليم وقبل تسجيل البيع ، كان هلاكه على البائع ، أما إذا هلك بعد

(١) وقد رأينا أنه إذا كان البيع في الفقه الإسلامي ينتقل الملك إلى المشتري ، فإن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، حتى أن المشتري قبل القبض لا يكون مطلقاً يتصرف في المبيع (أنظر آتفا فقرة ٢٣١) ، وحتى أنه إذا هلك المبيع قبل القبض كان هلاكه على البائع . فبعد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة كذلك يد القابض على سوم الشراء إذا سمي الشئ يد ضمان (أنظر المادة ٥٤٨ عراقى آتفا فقرة ٣١٥ في الماشر) . أما إذا لم يسم الشئ في سوم الشراء ، وسمى أو لم يسم في سوم النظر ، فإن يد القابض تكون يد أمانة ، فهلك الشئ على المالك لا على القابض رغم أن البيان أن الشئ ، في سوم الشراء وفي سوم النظر ، سمي الشئ أو لم يسم ، يعتبر في القانون المصري رديئة في يد القابض ، فإذا هلك تحمل المالك لا القابض تبعه الهلاك .

(٢) ونرى أثر ذلك فيما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « هذه النصوص (٥٨١ - ٥٨٤) تعرض لبيان تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وقد استتب المشروع أحكام التقنين الحال (السابق) فجعل التبعة على البائع قبل التسليم ، خلافاً للتقنينات اللاتينية ، وأخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وتطبيقاً لقواعد الفسخ في العقد الملزم للجانبين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٧٥) . أنظر رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر في نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامى ص ١٧٧ وما بعدها .

وأنظر في أن القاعدة التي أخذ بها التقنين المصري مستمدة من القواعد العامة وليست مأخوذة من الفقه الإسلامى الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٢٧٩ .

(٣) وليست هذه القاعدة من النظام العام ، فيجوز للتبايعين أن يتفقا على أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري . فإذا لم يتفقا على ذلك ، كان الهلاك على البائع . ولو أن البائع ، تغطية لمسئولته ، أمن على الدار المبيعة من الحريق ، فليس له أن يتقاضى أقساط التأمين من المشتري لأنه أمن على مسؤوليته هو لا على مسؤولية المشتري (استئناف مخطوط ؛ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٢٣) .

التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشتري (١) . فالعبرة إذن بالتسليم الذي يتم به نقل الحيازة ، لا بالتسجيل الذي يتم به نقل الملكية . ومنى انتقلت الحيازة إلى المشتري بالتسليم ، كان هلاكه عليه ولو لم تنتقل إليه الملكية بالتسجيل . أما إذا لم تنتقل إليه الحيازة بالتسليم ، كان الهلاك على البائع ولو انتقلت الملكية إلى المشتري بالتسجيل (٢) .

وإذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات ثم عين بعد ذلك ، فإنه يبقى في ضمان البائع حتى وقت التسليم . فإن هلك قبل ذلك ، هلك على البائع بالرغم من أنه قد تم تعيينه قبل الهلاك ، بالرغم من أن ملكيته تكون قد انتقلت إلى المشتري بهذا التعيين . أما إذا هلك بعد التسليم ، فهلاكه على المشتري (٣) ، لأنه تم تعيينه بالتسليم فانتقلت الملكية إلى المشتري ، بل لأنه قد سلم إلى المشتري فانتقلت حيازته إليه ، فأصبحت تبعه الهلاك عليه بموجب انتقال الحيازة لا بموجب انتقال الملكية .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأبحاث التحضيرية : ص ٧٤ — ص ٧٦ — وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان عدم التسجيل بتقصير البائع ، فالهلاك عليه حتى لو سلم المشتري المبيع . ولكن لما كانت تبعه الهلاك تنتقل بانتقال الحيازة ولو لم تنتقل الملكية ، فالرأى الصحيح هو أن الهلاك على المشتري إذا سلم المبيع ولو كان البيع لم يسجل (نقص مدق ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى نفرة ٢٨٦ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠) .

(٢) ولو كان البيع معلقاً على شرط فاسخ ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو لم يتحقق الشرط وأصبح البيع باتاً . والهلاك بعد التسليم على المشتري إذا لم يتحقق الشرط فأصبح البيع باتاً ، أما إذا تحقق الشرط فأنفسخ البيع ثم هلك المبيع ، فالظاهر أنه يهلك على مانكه أى على البائع مادام لنا بصدد التزام بالتسليم متفرع عن التزام بنقل الملكية . ولو كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو تحقق الشرط ونفذ البيع والهلاك بعد التسليم على البائع أيضاً ، ولو تحقق الشرط بعد الهلاك ، إذ لا يكون لتحقق الشرط في هذه الحالة أثر رجعى (م ٢/٢٧٠ مدق) . أما إذا تحقق الشرط قبل الهلاك فنفسخ البيع ، فالهلاك بعد التسليم على المشتري . أنظر ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢١ — الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٨٨ ص ٣١٦ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ ص ٢٧٢ — الأستاذ عبد المنعم البدواوى فقرة ٢٨٢ .

(٣) استئناف مخطوط ٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٦ .

٣١٩ - اعذار البائع المشتري لتسلم المبيع : ولكن قد يحدث أن

البائع يكون مستعداً لتنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى المشتري ، ويكون المشتري هو المتغيب فيأبى دون مبرر أن يتسلم المبيع . فتوقفاً لتحصيل البائع ثبته هلاك المبيع في هذه الحالة ، أعطى القانون صلاحاً للبائع يدرك به عنه هذا الخطر . فأجاز له أن يعذر المشتري لتسلم المبيع ، ومن وقت الإعذار يعتبر المبيع في حكم الشيء المسلم للمشتري ، فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلي فإن هلاكه يكون على المشتري لا على البائع (١) . وفي هذا يقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدني كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ، أي أن الهلاك يكون استثناء على المشتري إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع (٢) »

وقد ينص عقد البيع ذاته على أن المشتري ملزم بتسلم المبيع في يوم معين دون حاجة إلى إعذاره بذلك . ففي هذه الحالة يعتبر المشتري معذراً بمجرد حلول اليوم المعين للتسلم طبقاً للقواعد العامة ، فإذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشتري ولو لم يكن قد تسلمه فعلاً .

٣٢٠ - هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له : وهناك حالة

أخرى يهلك فيها المبيع على المشتري قبل التسليم ، وهي حالة ما إذا كان البائع قد حبس المبيع في يده لعدم استيفاء الثمن ، وصنئ أن للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن . فإذا حبس البائع المبيع وأعذر المشتري أو أخطره بهذا الحبس (٢) ، وهلك المبيع أثناء الحبس ، كان الهلاك على المشتري بالرغم من

(١) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣ رتم ٣٦٤ ص ٩٥٠ .

(٢) والمفروض أن الإعذار الذي ينقل ثبته الهلاك إلى المشتري هو الذي يتم عندما يكون التزام المشتري بتسليم المبيع حالاً ، فإذا أعذر البائع المشتري لتسلم قبل الأجل المشروط لمصلحة المشتري يترتب على هذا الإعذار نقل ثبته الهلاك (الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥) .

(٣) أما إذا لم يتبين في وضوح باعذار أو إخطار أو نحو ذلك أن البائع يحبس المبيع لعدم استيفاء ، بل سكت البائع عن مطالبة المشتري بالثمن وسكت المشتري عن مطالبة البائع بالمبيع ، مراحى تنفيذ العقد على هذا النحو دون أن يظهر البائع نيته في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، =

عدم تسليم البائع المبيع له ، لأن عدم التسليم هنا راجع إلى خطأ المشتري فهو لم يدفع الثمن ودفع البائع بذلك إلى حبس المبيع . وقد نصت المادة ٤٦٠ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « وإذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري . ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١) . ومنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) .

٢٥ - تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم

٣٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » (٣) .

== ثم هلك المبيع في خلال ذلك ، فإن الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع ، ولا يجوز لهذا أن يدعي أنه كان حابساً للمبيع (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٨٠ ص ٤٣٠ - الأستاذ منصور مصطنع منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥ - ص ١٤٦) .

(١) كذلك هلك المبيع على المشتري إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الهلاك على المشتري قبل التسليم ، أو وضع المشتري يده على المبيع قبل دفعه الثمن بدون إذن البائع وهلك للمبيع في يده ، وقد سبقت الإشارة إلى هاتين الحالتين أما ما جاء في المادة ٩٤ تجاري من أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها فليس باستثناء حقيقة من القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على البائع قبل التسليم ، فقد قلنا أن الملكية هنا تنتقل بالإتراض ، وهو لا يتم إلا عند التسليم إما في محطة الشحن أو في محطة التفريغ ، فإذا انتقلت تبعة الهلاك هنا بانتقال الملكية فلأن الملكية هي نفسها تنتقل بالتسليم .

(٢) أنظر مايل فقرة ٤٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيلي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤١ من المروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية) ص ٧٢ - ٧٩) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٧٢/٢٩٨ (١)

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧ د' - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل له (٢) .

٣٢٢- الرهول الجزئي أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري :

وغنى عن البيان أن المادة ٤٣٨ مدنى السالفة الذكر تفترض أن هلاك المبيع هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته إنما وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، وإذا كان النص لا يصرح بذلك فإنه مستخلص من سياق النصوص . أما إذا كان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة راجعاً إلى فعل البائع ، فالبائع يكون مسئولاً عن ذلك بطبيعة الحال ، بل يكون مسئولاً أيضاً عن التعويض . وإن كان راجعاً إلى فعل المشتري ،

(١) التقنين المدني السابق م ٣٧٢/٢٩٨ : إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحث لو كان ذلك العيب موحوداً قبل انعقد لا تمتنع المشتري من الشر . كان المشتري عراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالبائن المتفق عليه ، إلا إذا سبق منه رده . (ويخالف هذا الحكم ما ورد في التقنين المدني الجديد ، فان المشتري في التقنين سابق لا يملك إنقاص الثمن ، فلما أن يفسخ ولما أن يستبقى المبيع بكل الثمن . فإذا لم يبلغ العيب الجسامة المطلوبة أو رهن المشتري المبيع ، فإنه لا يستطيع الفسخ ، فلا يبقى أمامه إلا استبقاء المبيع بكل الثمن ، فكان هو الذى يحمل تبعه الهلاك الجزئى قبل التسليم . وهذا العيب قد تداركه التقنين الجديد ، فجعل للمشتري حق إنقاص الثمن إذا لم يطلب الفسخ : أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجرمة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ - فإذا أبرم بيع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت عليه أحكام التقنين السابق ، وإذا أبرم بيع بعد ذلك سرت عليه أحكام التقنين الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٦ (مطابقة لمادة ٤٣٨ من التقنين المدني المصري) . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة (١٣٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٧ (مطابقة لمادة ٤٣٨ من التقنين المدني المصري)
التقنين المدني العراقي م ٤٧/١ . . وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصاب فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن ، (وتنص هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، ولكن أحكام التقنين المصري تطبق لقواء العامة ، فيمكن الأخذ بها في لبنان دون نص

كان هذا هو المستول ، وعليه أن يدفع الثمن كاملاً للبائع . وقد سبق بيان ذلك في الهلاك الكلي (١) .

٣٢٣- الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائي :

فنتنصر هنا أيضاً على حالة ما إذا كان الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . وتكون تبعه هذا الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قبل تسليم المبيع على البائع ، للأسباب نفسها التي ذكرناها في حالة الهلاك الكلي . فالبايع ملزم بتسليم المبيع كاملاً دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية . فإذا لم يرقم به البائع كان مستولاً ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي ، فتكون التبعة عليه ، كما كانت التبعة عليه في الهلاك الكلي .

وينبني على ذلك أن المشتري ، في حالة الهلاك الجزئي (٢) أو نقص القيمة ، يكون بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ

(١) وسبق أن قررنا أن المشروع التهدي كان يشمل على المادة ٨٣ هـ وقد حذفت ، وهي تتناول كلا من الهلاك الكلي والجزئي أو نقص القيمة ، إذا كان ذلك راجعاً إلى فعل البائع أو إلى فعل المشتري (أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ - وأنظر للتقنين المدني العراقي م ١٧/٥ آنفاً فقرة ٣١٥ في الماشر ، وتقنين اللوجيات والمقود البناء م ١٥ - ١٦ آنفاً فقرة ٣١٧ في الماشر) .

(٢) ويعتبر هلاكاً جزئياً أن يكون المبيع أرضاً عليها بناء فيهدم البناء ، فيكون المشتري مخيراً بين الفسخ وإنقاص الثمن . وكان التقنين المدني السابق كما قلنا يميز الفسخ دون إنقاص الثمن ، فقضت محكمة النقض في عهد هذا التقنين بأنه إذا كان المزار المبيع أرضاً عليها بناء ، ثم هلك البناء لأي سبب ، فإن البيع لا يفسخ ، ولكن يكون للمشتري الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء المبيع ، ولا فرق في ذلك بين حالتي البيع الناقل للملكية والبيع الذي لا يترتب عليه بمقتضى قانون التسجيل الجديد إلا التزامات شخصية (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة : ص ١٨١ ص ١٥٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن انهزام البناء وبقاء الأرض لا يعتبر هلاكاً كلياً بل هو هلاك جزئي ، فلا يفسخ البيع من تلقاء نفسه (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٠ الحامدة ١٣ وتم ٢/٣٨ ص ٩٦) .

من الجسامة قدرأ بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للمشتري حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط (١) .

ويلاحظ أنه يمنع على المشتري الفسخ ، حتى لو كان الهلاك أو النقص وصل إلى هذا القدر من الجسامة ، إذا كان قد رتب للغير حسن النية حقاً عيباً على المبيع ، فلا يملك المشتري عندئذ إلا إنقاص الثمن (٢)

٢٢٤ - الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بعد انعقاد المشتري أو بعد

حبس المبيع : ونغنى عن البيان أن البائع إذا أعذر المشتري لتسلم المبيع ، حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، فإن الهلاك الجزئى أو نقص القيمة إذا طرأ بعد ذلك على المبيع ، يحمل المشتري تبعته (٣) . كما يتحملها فى الهلاك الكلى ، للأسباب عينها .

المبحث الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

٣٢٥ - مسؤولية ضمان التعرض والاستحقاق : إذا قلنا إن ضمان

البائع للتعرض والاستحقاق فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لكانت النصوص المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق مجرد تطبيق للتقواعد العامة ، ولصح التساؤل عما إذا لم يكن هناك تزايد فى بعض هذه النصوص . ذلك أنه ما دام البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ملكية كاملة ، فهو إذا لم

(١) فإذا كان الهلاك أو نقص القيمة قد حدث قبل البيع دون أن يعلم به المشتري ، وكان قد بلغ قدرأ من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أبرم البيع ، كان هذا غلطاً جوهرياً يجعل البيع قابلاً للإبطال .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ .

(٣) استئناف مغلط ١٩ يناير ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٤ .

يكن مالكا - وهذا هو موضع الاستحقاق الكلي - كان المبيع يبع ملك العبر (١)، وكان للمشتري دعوى الإبطال . وإذا كان البائع غير مالك لبعض المبيع أو كان مالكا لكل المبيع ولكن على المبيع حقوق للغير - وهذا هو موضع الاستحقاق الجزئي - فإن الملكية التي نعهد البائع بنقلها لم تخلص للمشتري كاملة ، ومن ثم جاز للمشتري طلب فسخ البيع مع التعويض إذا كان له مبرر .

ولكن القانون مع ذلك يجعل للمشتري في الحالتين المتقدمتي الذكر دعوى ضمان ، وهي غير دعوى الإبطال وغير دعوى الفسخ . هي غير دعوى الإبطال ، إذ الضمان فيها لا يقوم إلا إذا وقع فعلا تعرض من المالك الحقيقي للمشتري ، أما دعوى الإبطال فيستطيع المشتري رفعها قبل وقوع هذا التعرض . هذا إلى أن دعوى الضمان تتقدم بخمس عشرة سنة ، وتتقدم دعوى الإبطال عادة بثلاث سنوات . ودعوى الضمان غير دعوى الفسخ ، إذ دعوى الضمان سببا قيام عقد البيع ، والتعويض فيها تولد النصوص تقديره تقديراً تفصيلياً فهو غير متروك لتقدير القاضي ، وإذا كانت تتقدم بخمس عشرة سنة فهذه المدة تسري من وقت وقوع التعرض . أما دعوى الفسخ فتتعرض فسخ عقد البيع لا قيام هذا العقد ، والتعويض فيها متروك لتقدير القاضي ولم تتعرض لتقديره النصوص ، وإذا كانت تتقدم هي الأخرى بخمس عشرة سنة فإن هذه المدة تسري من وقت تمام البيع لا من وقت وقوع التعرض .

يخلص مما تقدم أن دعوى الضمان هي دعوى مستقلة عن كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، ويؤكد ذلك نص المادة ٤٤٣ مدني ، فقد عرض لذكر عناصر التعويض تفصيلاً عند استحقاق كل المبيع بناء على دعوى الضمان ، ثم أشار إلى استقلال هذه الدعوى عن الدعويين الآخرين ، فقالت العبارة الأخيرة من النص : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

والسبب في خصوصية دعوى الضمان واستقلالها عن سائر الدعاوى التي تستند مباشرة من القواعد العامة ، وتنتزع من التزام البائع بنقل ملكية المبيع

المشتري ، يرجع إلى اعتبارات تاريخية تمت إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . فقد كان البيع ، في العهد الأول للقانون الروماني ، عبارة عن نقل ملكية المبيع إلى المشتري عن طريق رسوم وأوضاع معينة تسمى بالإشهاد (mancipatio) ، وكان لا يترتب على هذه العملية أى التزام شخصي في ذمة البائع ، فهي مقصورة على نقل الملكية إلى المشتري . وإذا كان المبيع غير مملوك للبائع ، واستحق في يد المشتري ، فقد كان هذا يرجع على البائع بدعوى جنائية (actio auctoritatis) يتقاضى بمرجها ضعف الثمن الذي دفعه ، لا بدعوى مدنية مبنية على التزام في ذمة البائع . أما إذا انتقلت ملكية المبيع بالتسليم (traditio) ، فقد كان المشتري يشترط على البائع بعقد لفظي (stipulatio) مستقل عن عملية نقل الملكية تعريضاً فيما إذا استحق المبيع . ولما أصبح البيع في القانون الروماني عقداً رضائياً يرتب التزامات في ذمة البائع ، لم يكن من هذه الالتزامات نقل الملكية ، بل كان البائع يلتزم بنقل حيازة المبيع إلى المشتري حيازة هادئة . وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، فقد قدمنا أن بائع كان يلتزم في العهد الأول بنقل الحيازة لا بنقل الملكية . وقد تلقى التقنين المدني الفرنسي هذه التقاليد عن القانون الروماني وعن القانون الفرنسي القديم : ضمان تعرض واستحقاق لا يرتبط بنقل الملكية وإنما يرتبط بنقل الحيازة ، فلا يقوم إلا إذا وقع تعرض بعكر من هلوء هذه الحيازة ، لا مجرد إخلال بالتزام نقل الملكية ، وإذا قام فله قواعد الخاصة التي يستقل بها عن الدعاوى المنفردة عن الالتزام بنقل الملكية - كدعوى النسخ ودعوى الإبطال - لاسيما فيما يتعلق بتقدير التعويض (١)

وهناك خصوصية أخرى في تقاليد هذا الضمان تتعلق بحقوق الارتفاق . فقد كان البائع في القانون الروماني لا يضمن للمشتري خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، لا بموجب دعوى العقد اللفظي (actio ex stipulatu) ولا بموجب دعوى البيع ذاتها (actio empti) . ويرجع ذلك إلى أن التنظيم الاقتصادي

(١) كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٩٣ - بوهري وسينيا فقرة ٣٢٩ مكررة - بيدار ١١ فقرة ١٨٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٨ وقرة ٩٥ .

للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون
على المبيع - حقوق ارتفاق ، فلم يكن البائع مكلفاً أن يكشف المشتري بها ،
ولم يكن يضمن له خلو المبيع منها . فإذا أراد المشتري أن يضمن له البائع خلو
المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، فقد كان يضع في ذلك شرطاً خاصاً في عقد البيع
(*vendu ut optimus maximus*) . أما القانون للفرنسي القديم فقد كان يعتبر
ظهور حق ارتفاق على المبيع من قبيل العيوب الخفية ، فيضمن البائع حق
الارتفاق على هذا الأساس . ومن هنا أفرد التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٢٦)
بالذكر ضمان البائع لحقوق الارتفاق والتكاليف المترتبة على المبيع إذ لم يعلن
المشتري بها ، تمثيلاً مع تقاليد القانون الروماني . وانحرف في الوقت ذاته عن
تقاليد القانون الفرنسي القديم ، فجعل هذا الضمان ضمان استحقاق لاضمان عيب
خفي ، بما يستتبع ذلك من نتائج أهمها أن يقوم الضمان ولو في البيوع القضائية
وكان لا يقوم لو أنه ضمان عيب خفي ، وأن يدفع البائع تعويضاً بسبب هذا الضمان
ولو كان حسن النية وكان لا يدفع تعويضاً إلا إذا كان سيء النية لو أنه ضمان
عيب خفي (١) .

هذه التقاليد التاريخية تركت طابعها ظاهراً في دعوى ضمان التعرض
والاستحقاق في التقنين المدني الفرنسي ، فانفردت هذه الدعوى بالخصوصيات
التي تقدم ذكرها مستقلة عن دعاوى الفسخ والإبطال المترتبة عن التزام البائع
بنقل الملكية . وانتقلت هذه الخصوصيات إلى التقنين المدني المصري ، إلا أن
هذا التقنين لم يبرز حقوق الارتفاق والتكاليف كسبب مستقل للضمان كما فعل
التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه أشار إلى التكاليف كحالة من حالات الاستحقاق
الجزئي (م ٤٤٤ مدني) ، ثم جعل من ظهور حق الارتفاق أو إعلان البائع إياه
للمشتري شرطاً ضمناً لعدم الضمان (م ٢/٤٤٥ مدني) .

ولست التقنينات اللاتينية هي وحدها التي تحمل طابع التقاليد في ضمان
التعرض والاستحقاق ، بل يحملها أيضاً - وإن كان بدرجة أقل - التقنينات
الجرمانية . تقنين الالتزامات السويسري (م ١٠٢ و م ١٩٧) متشبه بهذه

(١) كزلان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١ - بودري وسينيا فقرة ٣٩١ .

المادة . أما التقنين المدني الألماني (م ٤٣٤ وم ٤٤٠) فقد تحرر منها في العقار فلا يشترط وقوع التعرض بل يكفي باحتمال وقوعه ، ولكنه في المنقول بني متأثراً بالتقاليد إذ يشترط وقوع التعرض . وقد تحرر تقنين الالتزامات البولوني (م ٣٠٠ وم ٣١١ وم ٣٣٦) من هذه التقاليد ، إلى حد أن مزج ما بين ضمان التعرض والاستحقاق وأسماء ضمان العيوب القانونية ، وبين ضمان العيوب الخفية وأسماء ضمان العيوب المادية ، وأرجع الضمانين إلى أصل واحد ، ولم يشترط وقوع التعرض بل اكتفى باحتمال وقوعه في كل من العقار والمنقول (١) .

٣٢٦ - شمول ضمان التعرض والاستحقاق : والالتزام بضمان

التعرض والاستحقاق ، كالالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم ، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، لاسيما إذا كان العقد من المعاوضات . فهو موجود في عقود المقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار وغيرها ، وموجود إلى مدى أضيق في التبرعات كالمبة . ذلك أن من يكون ملتزماً بنقل ملكية الشيء أو بنقل الشيء أو بنقل حيازته والانتفاع به يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أى شخص آخر . فإذا كان ذلك معاوضة برز هذا الضمان في صورة أوسع ، إذ أن الشخص الآخر قد دفع مائلاً فيجب أن يخلص له الشيء الذي دفع فيه المقابل .

فضمن التعرض والاستحقاق ، كضمن العيوب الخفية وكالتسليم ، كان من حسن جعله نظرية عامة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع ، وهذا ما فعله المشرع التمهيدى للتقنين المدني الألماني . ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذي يغلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه ، فقد درجت التقنينات - وإلى هذا انتهى أيضاً التقنين المدني الألماني نفسه في صورته النهائية - على إدماج هذا الضمان في عقد البيع ، كما أدمجت ضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم . وتجعل التقنينات القواعد التي أدمجت في عقد

(١) كولان وكابيتان ٢ الفقرة ٨٩٣ ص ٤٩٨ - ٤٩٩

البيع هي القواعد العامة في هذا الضمان ، ثم تشير بعد ذلك في غير البيع من العقود إلى ما يتميز به العقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد العامة . وعلى هذا النهج سار التفنين المدني المصري ، فقد أشار في خصوص عقد الشركة إلى هذه القواعد العامة المدرجة في عقد البيع (م ١/٥١١ مدني) ، وكذلك في خصوص عقد القرض (م ٥٤٠ مدني) ، وأفاض في بسط هذه القواعد في خصوص عقد الإيجار (م ٥٧١ - ٥٧٥ مدني) لأنه يقع على الانتفاع دون الملكية ، وأبرز خصوصية الضمان في عقد الهبة (م ٤٩٤ مدني) فهو بخلاف البيع تبرع لا معاوضة ، وكذلك فعل في عقد العارية (م ١/٦٣٨ مدني) .

٣٢٧ - التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير
وفي ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع ، يحسن التمييز بين التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير ، إذ لكل من هذين النوعين قواعد يختص بها .

المطلب الأول

التعرض الصادر من البائع

٣٢٨ - مسائل محلولة : نبحث في ضمان البائع لتعرض الصادر منه مسائل ثلاثاً : (١) متى يقوم هذا الضمان . (ب) ما يترتب على قيام الضمان . (ج) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

٣٢٩ - (١) متى يقوم ضمانه التعرض الصادر من البائع -

نصوص قانونية : تنص المادة ٤٣٩ من التفنين المدني على ما يأتي

« يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق

على المبيع يحتاج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي
قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابقين المادتين ٣٧٤/٣٠٠ و ٣٨٤/٣١٠ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٤ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى انتهى بالمباراة الآتية : « وبشيت
لتزام البائع بالضمان ولو لم ينص منه فى العقد » . وفى لجنة المراجعة حلفت هذه المباراة لعدم الحاجة
إليها ، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ٤٥٢ من المشروع لنهاى . ووافق عليه
مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٩ (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٨٠
وص ٨٢ - ص ٨٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٧٤/٣٠٠ : من باع شيئاً يكون ضماناً للمشتري الانتفاع به
بدون معارضة من شخص آخر له حق عيني على المبيع وقت البيع ، وكذلك يكون البائع ضماناً إذا
كان الحق العيني للأخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب الضمان لا يحتاج إل شرط
مخصوص به فى العقد .

م ٣٨٤/٣١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكية كله .
وكنك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ، ولم يحصل الإعلام به أو لم يتسن ظاهراً
وقت البيع ، يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنزعة ملكية أو حق الارتفاق بحالة
لو عليها المشتري لامتنع عن الشراء .

ولا يوجد فرق فى الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، مع ملاحظة أمرين ذكرتهما
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآتى : (١) تجب (التقنين الجديد) حياً
وقع فيه التقنين الحال (السابق) فى المادة ٣٧٤/٣٠٠ ، إذ قررت هذه المادة أن البائع يضمن
لمشتري وجود حق عيني على المبيع لشخص آخر وقت البيع . وينبئ على ذلك ألا ضمان إذا ظهر
أن العين المبيعة مؤجرة بعقد ثابت التاريخ قبل البيع ، لأن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية .
وقد قضت محكمة النقض بذلك (١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد
ص ١١ - و ٣ مارس سنة ١٩٣٢ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ص ٢٦) ويجب هذا
الحكم أن العين المبيعة قد تكون مؤجرة لمدة طويلة وتكون الأجرة قد قبضت مقدماً ، ويكون كل
هذا نافذاً فى حق المشتري طبقاً لأحكام القانون ، فلا يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على
البائع . لذلك لم يشترط المشروع أن يكون للغير حق عيني على المبيع ، بل كل ما اشترطه هو أن
يكون له حق على المبيع يحتاج به على المشتري ، فبدخل فى ذلك حق المستأجر فى الغرض المشار إليه
(ب) ونسج (التقنين الجديد) الحكم القاضى بعدم ضمان حقوق الارتفاق إذا حصل الإعلان بها
أو كانت ظاهرة فى مكانه الطبيعي عند الكلام فى الارتفاق مل تعديل الضمان ، لا عند الكلام فى حكم
الاستحقاق الجزئى كما فعل التقنين الحال (السابق) : م ٢٨٤/٣١٠ . (والتقنين الجديد) فيها
عدا ذلك كالتقنين الحال (السابق) يحمل البائع ضماناً للمعرض إذا لم تعمل منازعة الغير للمشتري =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٥٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٨ و ٤٣١ (١) .

والنص يتناول التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير في وقت
واحد . ويخلص منه ، فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع ، أن ضمان هذا

= في المبيع إلى زعمه من يده ، وضامناً للاستحقاق إذا انتهى التعرض لاستحقاق المبيع . ويميز بين
فعل البائع وفعل الغير ، فالبايع يضمن فعله مطلقاً ، ويعتبر تعرضاً منه أن يتحول الغير على المبيع حقاً
يحتج به على المشتري . أما الغير ، فإذا كان تعرضه مادياً أي غير مبني على سبب قانوني فلا شأن
للبائع في ذلك ، وعلى المشتري أن يدفع هذا التعرض بما وضعه القانون في يده من وسائل . وإذا كان
تعرضه مبنيًا على سبب قانوني ، فإن كان هذا السبب موجوداً وقت البيع أو بعد البيع ولكن بفعل
للبيع وجب للضمان ، وإلا فلا يجب . ويلاحظ أن (التقنين الجديد) كالتقنين الحالي (السابق)
أيضاً في أن الضمان لا يجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلاً من الغير ، سواء حكم بالاستحقاق
أو لم يحكم : نقض ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣١ . أما إذا
اقتصر الأمر على ظهور حق الغير على العقار دون أن يتعرض هذا الغير فعلاً ، فلا ضمان على البائع :
انظر عكس ذلك التقنين البوسني م ٣١٣ . ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيستطيع
المشتري أن يطالب بفسخ البيع (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٨١ - ص ١٢) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٥٠٧ : (مطابقة للمادة ٣٩ :
من التقنين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٤٠ -
فقرة ١٥٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٩ : ١ - يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله
أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعى أن له حقاً على المبيع وقت البيع
يحتج به على المشتري . ٢ - ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد .
(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي
الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩٨ - فقرة ١٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٤٣ -
فقرة ٤٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٨ : إن الضمان الواجب على البائع للمشتري يرمى إلى
غرضين : أولها ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة ، والثاني ضمان للنفائس والعيوب الخفية
في المبيع .

م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبقى ملزماً بضمان فعله الشخصي
وكل اتفاق مخالف يكون باطلاً .

(وأحكام التقنين اللبناني تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

(م ٤٠ - الوسيط ج :)

التمريض يقوم بإنشاء عقد عرض من البائع للمشتري بعد إبرام عقد البيع . فبحث
الذين : (١) أعمال التمريض الصادر من البائع (٢) المدين من الالتزام بضمان
التمريض ، وهو "بائع" . (٣) الدائن في هذا الالتزام وهو المشتري . (٤) "البيع"
في معنى هذا العقد .

١ - (١) أفعال التمريض الصادر من البائع : لقيامه بالتعرض ،
يجب أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول ، كلياً أو جزئياً ، دون انتفاع
المشتري بملكية المبيع . فيجب إذن توافر أمرين :

(أولاً) وقوع التعرض فعلاً ، أما مجرد احتمال وقوعه فلا يكفي (١) . فإذا
عقد البائع المشتري بالتعرض له ، لم يكف هذا التهديد لقيام ضمان التعرض
مادة البائع لم ينفذ وعده ويتعرض بالفعل (٢) . وإذا باع البائع العقار المبيع
مرة ثانية يبادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فأنشئت الملكية
إليه هو دون المشتري الأول ، ولكن المشتري الثاني يتخذ أى إجراء لتزع
نقار من يد المشتري الأول ، فليس للمشتري الأول أن يمنع على البائع بضمان
تعرضه الثاني من بيعه العقار مرة أخرى ، بل ليس له أن يرفع دعوى لإبطال
بيع مالك الغير لأن البيع الذي صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من
مالك ، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من
نقل الملكية إليه . يترتب على أنه لا بد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشأ
لالتزام البائع بضمان التعرض ، ولا يسرى التناقص إلا من وقت وقوع التعرض
فعلاً ، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض (٣) .

(ثانياً) "أن يكون التعرض الذي وقع فعلاً عملاً من شأنه أن يحول ، كلياً
أو جزئياً ، دون انتفاع الباع بملكية المبيع (٤) . ويستوى في ذلك " يكون

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٤ .

(٣) الأستاذ عبد السلام البزاري فقرة ٣٣٢ .

(٤) ويفضاه عادة أن يكون العمل مما يتعارض مع التزامات البائع (الأستاذ عبد الفتاح
مدياني فقرة ١٢٧ - الأستاذ مسعود مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٠ - تارن أوبري ورو ه
٢٤٤ ص ٧٦) .

للتعرض مبنياً على سبب مادي (trouble de fait) ، أو يكون مبنياً على سبب قانوني (trouble de droit) (١) .

والتعرض المبنى على سبب مادي قسمان : قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع ، وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع - سواء قبل البيع أو بعده - يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع . وبلاحظ ، فيما يتعلق بهذا القسم الثاني الذى يقوم على تصرفات قانونية ، أن التصرف القانوني الصادر من البائع إلى الغير بعد عملاً مادياً بالنسبة إلى المشتري لأنه ليس طرفاً في هذا التصرف .

ومثل القسم الأول الذى يقوم على أعمال مادية محضة أن يبيع شخص متجراً لآخر ، ثم يعمد إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشتري في عملياته الأسبقين ويجتذبهم إليه بحكم العادة (٢) . فهنا المنافسة غير مشروعة لأن البائع يضمن عدم تعرضه للمشتري في انتفاعه بالمبيع (٣) ، ولو أن أجنبياً هو الذى أنشأ المتجر المجاور فإن منافسته لا تكون غير مشروعة مادامت في حدود المنافسة المألوفة بين التجار ، وذلك لأن الأجنبي غير ملتزم للمشتري بعدم التعرض (٤) .

= وكون البائع قد حرم من الانتفاع بالمبيع سألته واقع يترك تقديرها للقاضي الموصوع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣) .

(١) استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ١٩ ص ٥٣ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٣ - فقرة ١٠٤ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر محلاً تجارياً بما فيه من بضائع ، وتجهيز في عقد البيع بالأجل يتجر في البضائع التي يتجر فيها المشتري في الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح محلاً بنفس العمارة التي بها المحل المبيع واتجر في بعض أنواع البضائع التي شغلها عقد البيع ، فقد أخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائناً ، كما أخل بالشرط المنفص عليه في عقد البيع . وإن هذا الإخلال إن هو إلا تعرض للمشتري في بعض البضائع من شأنه أن ينقص من قيمته ، وينقص قيمة المبيع على هذه الضرورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشتري من تعرض البائع ، فلا حاجة لأن يثبت المشتري أى ضرر غير ذلك (نقضى ملهى) ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢ ص ١٩١) .

(٤) ومن أمثلة التعرض الصادر من البائع ، ويقوم على أعمال مادية محضة ، أن يبيع مؤلف طبعة من كتابه للناس ، فلا يجوز للغير أن يبيع نسخة من ذلك الكتاب ، أو أن يبيع طبعه من الكتاب =

أما إذا تعرض البائع للمشتري بعمل من أعمال التعدي أو العنف ، فانه يكون مسئولاً عن ذلك ، أى شخص آخر ارتكب عملاً غير مشروع ، لا كبائع ملتزم بضمان العرض (١)

ومثل القسم الثانى الذى يقوم على تصرفات قانونية أن يبيع البائع العقار مرة ثانية ، ويأخذ المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فتنقل الملكية دون سرى الأول ، فينزح منه العقار . فهنا يقع تعرض من جانب المشتري الثانى وهو تعرض صادر من الغير ، وهو فى الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع . وكبيع العقار مرة ثانية بيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشتري الثانى فتنقل إليه الملكية بموجب النيابة إذا كان حسن النية ، فهنا أيضاً تعرض صادر من كل من المشتري الثانى والبائع فى وقت واحد . وفى المثلى المتقدمين صدر التصرف الذاتى من البائع - وهو تعرض مبنى على سبب ماضى كما قدمنا - بعد صدور البيع الذى أنشأ الالتزام بضمان التعرض . وقد يصدر هذا التصرف القانونى من البائع قبل صدور البيع لا بعده . فإذا باع شخص عقاراً أو منقولاً إلى مشترٍ أول ماذر إلا تسجيل البيع فى العقار أو إلى تلمي المنقول ، ثم بعد ذلك باعه لـ مشتري ثانٍ ، فالسهم الثانى يكون بيع ملك الغير ، وقد يجيزه المشتري الثانى . على الساع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانونى صدر قبل البيع .

أما تعرض البائع المبنى على سبب قانونى (trouble de droit) فيقع إذا ادعى البائع حقاً على المبيع فى مواجهة المشتري ، سواء كان الحق المدعى به سابقاً

== قبل - د نصح الطبعة التى باعها (بودرى وسينيا فقرة ٣٠٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٤) . ومن أمثله كذلك أن يبيع شخص مصنفاً يعتمد فى توليد الكهرباء على مسقط مياه فى ملك البائع ، ثم يغير البائع مسقط المياه بحيث يمنع توليد الكهرباء أو يقل (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٢ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤١٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الباع يحوز مسئولاً إذا هو باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له ، ثم ألقى الموهدان بعد ذلك - أحزاه ليهم - لأن فى ذلك حرمان المشتري من الانتفاع بمنظر الميدان (استئناف وصى - سنة ١٩٠٤ الاستقلال ص ٢٥٠) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ١٠٣ .

على البيع أو لاحقاً له . مثل الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقاراً ، وقبل أن يسجل المشتري البيع أى قبل أن تنتقل إليه المالكية من البائع يرفع البائع على المشتري دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكاً للعقار ، فهذه الدعوى يدفعها المشتري بضمان البائع للتعرض الصادر منه ، إذ لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان (١) . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم يصبح مالكاً لها بسبب من أسباب الملك كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي أو الشفعة . فيحتج على المشتري بهذا الملك الحادث بعد البيع ، ويريد أن ينزع العين منه بموجبه ، فعند ذلك يجوز للمشتري أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه ، وقد علمنا أن القانون في هذه الحالة عمد إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع - وهو بيع ملك الغير - تنتقل إلى المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدني) .

هذا وقد رأينا أن الحق اللاحق للبيع ينتقل بسبب من أسباب الملك ، وذكرنا من أسباب الملك الإرث والوصية والعقد والشفعة . أما الاستيلاء فغير متصور في حالتنا هذه إذ الاستيلاء يفترض أن الشيء مباح غير مملوك لأحد ، وهنا المبيع شيء غير مباح إذ سبق للبائع بيعه . وكذلك الالتصاق لا يرد من الناحية العملية ، إذ يصعب انتراض أن المبيع مواد بناء باعها صاحبها ثم أقام المشتري بطلبه للمولد على أوضاع المبيع فملكه البائع بالاتصال ، ولو تحقق هذا الفرض فعلا فلا نرى مانعاً من أن يحتج البائع في مواجهة المشتري بأنه تملك مواد البناء بالاتصاق ويلتزم بدفع إحدى القيم المنصوص عليها في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني إلى المشتري تبعاً لما إذا كان هذا شيء النية أو حسن النية .

بقي من أسباب الملك التقادم ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

(١) أو يقال الاسترداد والضمان لا يجتمعان . ومن أمثلة الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أقرض المبيع بموجب قسيمة قابلة للإبطال ، ثم باعه بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يطالب بإبطال القسيمة ، لتلا بطلان البيع فيكون هذا تعرضاً منه مبنياً على سبب قانوني (أوبري ورو ه فرقة ٢٥٥ ص ٧٨ هاشم رقم ٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) .

٢٣٦ - تمليك البائع المبيع بالتقادم : يجب هنا أن نميز بين فرضين ، أولهما أن البائع باع عيناً لا يملكها ولكنه كان حائزاً لها ثم ملكها بعد ذلك بالتقادم ، والفرض الثاني أن البائع باع عيناً مملوكة له ولم يسلمها للمشتري بل بقي حائزاً لها حتى ملكها بالتقادم .

ففي الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير ، إذ البيع لا يملك العين وقت أن باعها . ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني تنطبق في هذه الحالة ، وقد آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، فينقلب بيع ملك الغير صحيحاً وتنقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد أن يملك البائع العين بالتقادم . ويستوى في ذلك أن يكون البائع قد تملك العين بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير مع حسن النية . مثل التملك بالتقادم الطويل أن يكون البائع حائزاً للمبيع أربع عشرة سنة قبل البيع ، ثم يبيعها وتبقى في يده سنة يستكمل بها مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فننتقل إليه الملكية بالتقادم وننتقل في الحال إلى المشتري . ومثل التملك بالتقادم القصير أن يكون البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقي واضعاً يده عليه أربع سنوات ، ثم باعه للمشتري مع استمرار وضع يده للسنة الباقية لاستكمال المدة خمس سنوات ، فيملك العقار بالتقادم القصير ، وتنقل منه الملكية إلى المشتري .

أما في الفرض الثاني فإن البائع قد باع عيناً يملكها ، ومواءمات الملكية إلى المشتري أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشتري البيع ، فإن البائع ملتزم بضمان التعرض . فإذا هو امتنع من تسليم العين للمشتري ، ووضع يده عليها باعتباره مالكا فكان بذلك ، فمتصباً لها ، فإنه يكون معرضاً للمشتري منذ أول عمل مادي من أعمال وضع اليد التي قد دل على نية التملك ، ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان . ولكن إذا امتنع ، فس عشرة سنة على العمل دون أن يقطع المشتري التقادم ، ثم أمران : (أولاً) سقطت دعوى المشتري في ضمان التعرض بالتقادم المسقط . (ثانياً) تملك البائع العين المبيعة بالتقادم المكسب ، ولا يستطيع المشتري أن يمتنع عليه بالتزام الضمان بعد أن سقط بالتقادم . فبقي من ذلك أنه لا يلزم أن يملك البائع أن يملك البيع على المشتري بالتقادم إذا

بدأ سريان هذا التقادم بعد البيع ، ولا يحل دون ذلك التزامه بذلك
التعرض . ذلك أن التقادم سبب قانوني يمتلك لأعباءات ترجع إلى وجوب
استقرار التعامل ، وبسبب غير المالك أن يملك بهذا السبب متى لو كان بائعاً (١)
المشتري الذي يملكه بالتقادم (٢) .

وهذا هو الذي قضت به محكمة النقض إذ تقول : « متى كان الأساس
الذي يملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب
مشروع "ملك لدى واضع اليد" ، كان القول بأن يملك البائع باكتساب ملكية
المعار بوضع اليد عليه في المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري
يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً - كان
هذا القول مخالفاً للقانون » (٣) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٤) إلى عكس

(١) فلا مسؤولية على البائع مادام يرتكن في عمله إلى حق مقرر في القانون ، فله مثلاً أن ينفذ
على المبيع يدين له في ذمة المشتري ، وله أن يأخذ المبيع بالشفعة إذا باعه المشتري إلى أجنبي
فيكون له كذلك أن يملك المبيع بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم عبد الباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ
منه مصطلح منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٤ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ
جبار "دراسة" ص ٢٣٠ - ص ٢٣٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ٢٩١ - الأستاذ
منصور مصطلح منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ - ص ١٥٤ .

وإذا كان المبيع هنا أولاً يسجل المشتري عقد البيع ، فاستحق البائع الملكية مع الحياة خمس عشرة
سنة . ثم يمتد إلى مالكه كما كان دون حاجة إلى التسجيل بالتقادم المكسب ، وأوفرض أن المشتري
البيع بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يحتج بالتقادم ، إذ يعتبر أنه قد
وضع يده على معار مملوك له منذ البيع ، وذلك بفضل الأثر الرجعي له قبل فيما بين المتعاقدين
من الرأي الذي تقول به . بل أن يسجل المشتري عقد البيع بعد مضي مدة من صدوره ولكن قبل
انقضاء خمس عشرة سنة ، ففي هذه الحالة يصح المشتري مالكا للمعار المبيع من وقت البيع بالنسبة
إلا أن يملك بفضل الأثر الرجعي لتسليم ، فإذا أكره البائع مدة التقادم كان واضعاً يده على ملك
غيره - سبي ، فيملكه بالتقادم .

(٣) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ -
١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ ص ٣٦٨ - وانظر أيضاً : استئناف
مجلس ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ -
أولاد سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ .

رأى محكمة النقض في حكم آخر بمحو التسجيل بالتقادم المكسب دون التقادم المانع ،
فقضت بأن من أحكام عقد البيع إلزام البائع بضمان عدم منافاة المشتري في المبيع ، فيفتح عليه

هذا الرأي ، وقضت بأن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن يحتج بالتقدم هل المشتري ، لأنه ملتزم بالضمان وهذا الالتزام أبدي لا يسقط بالتقادم (١). ومن البسير الرد على هذه الحجة ، فانه إذا كان التزام البائع بضمان التعرض الصادر منه التزاماً أبدياً ، إلا أنه متى وقع منه تعرض فعلا فقد تحقق الضمان ، وكان للمشتري دعوى الرجوع به على البائع ، وهذه الدعوى تستلزم كسائر الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشوئها أى من وقت وقوع التعرض فعلا (٢).

٣٣٢- (٢) المدين في الالتزام بضمانه التعرض الصادر عن البائع -

عدم قابلية الالتزام بالتقادم : الملتزم بضمان التعرض هو البائع ، وهو الذى يقع منه التعرض الموجب للضمان (٣). ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف

= أبدأ التعرض للمشتري ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم أبداً التعرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد ، إلا إذا توافرت لديهم من بعد تاريخ عقد البيع شروط وضع اليد على الأرض المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية وفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة . ولما كان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعة لعقودها عن رفع دعاواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد موضوع الدعوى هو من قبيل المنازعة المستتعة قانوناً على المطعون عليهم بمتنفي إزام القانون موطنهم بأن السالف الذكر ، وكان هذا الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعة استناداً إلى هذا الدفاع ، فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٠ ص ٥٦٩) . ونرى أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالتقدم للمسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة ، لا من تاريخ صدور البيع ، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلاً . فإذا رفع المشتري ، بعد انقضاء المدة ، دعوى الضمان ، جاز للبائع أن يدفعها بالتقدم المسقط ، بصرف النظر عما إذا كان قد كسب المبيع بالتقدم المكسب أو لم يكسبه (أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١١٥ - ص ١١٦) .

(٤) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٤٣ .

(١) ويؤيد رأى محكمة النقض الفرنسية أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ - بيدا ١١ فقرة ٢٠١ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠٤ .

(٢) قارب بلانيول وويبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٣) وفي البيع الجبري يعتبر المدين بائناً ، وهو الذى يقع عليه ضمان المبيع ، فلا يحق له أن يتعرض لראسى عليه المزداد بنفسه تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً ، كأن يدعى الملكية لنفسه بأى سبب من أسباب التملك (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رم ٢٤٩) .

العام ، لأن الالتزام في القانون المصري لا يشمل من المورث إلى الوراث ، بل يبقى في التركة . فإذا باع شخص شيئاً مملوكة لأفراد ثم مات ، فإن الوراث يستطيع أن يسترد البين من المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان ورثة من مورثه ، فإن هذا الالتزام لم ينتقل إليه (١) . ولكن الالتزام بالضمان يبقى في التركة كما قدمنا ، ومن ثم يرجع المشتري على التركة بالتعويض ، ولا يأخذ الوراث من التركة شيئاً قبل استئصال هذا التعويض منها . كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص . فلو باع شخص عقاراً ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع ، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار أو ليستبقه إذا استرده الموصى له ، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له ، بل بقي في التركة . وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة ، ويقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له ، فلا يأخذ الموصى له العقار إلا إذا كان الباقي من أموال التركة يفي بالتعويض ويبقى من هذا الباقي مالا يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية على ثلث التركة بعد استئصال الديون . ولا يتعدى الالتزام بالضمان للبائع إلى دائته ، فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري البيع بادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزع الملكية ، فمن حق الدائن أن يستمر في التنفيذ ولا يحتج عليه المشتري بأنه ملتزم بالضمان من مدينه ، فإن هذا الالتزام لا يتعدى إليه كما قدمنا .

والزام البائع بضمان تعرضه التزام بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشتري في ملكيته وانفعاله بالمبيع ، فهو إذن التزام غير قابل للانقسام (indivisible) ، حتى لو كان المبيع ذاته قابلاً لأن ينقسم . ويترتب على ذلك أنه لو تعلق هذا الالتزام بدمه أكثر من شخص واحد ، لم ينقسم الالتزام على المدينين المتعدين ، بل يكون كل منهم مدينًا بالالتزام كله . فلو كان شخصان يملكان داراً في الشيوع ،

(١) الأستاذ عبد المنعم الجدي في فقرة ٢٩٣ — الأستاذ سميل تهرقاري ص ٢٢٠
هامش ٢ — الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٨١ ص ١٤٦ — ص ١٤٧ — وفاران
الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٣٧٢ و فقرة ٢٢٦ — الأستاذ محمد كامل مرسى
فقرة ١٦٤ ص ٢٨٦ — الأستاذين أحمد نجيب اللحل وحامد زكي فقرة ٣٤٧ .

وباعاها معاً ، ألزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في النصيب الذي باعه فحسب . ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين الباعين هو الذي يملك الدار كلها وأن الشخص الآخر لا يملك فيها شيئاً ، فإن الشخص الأول يبنى ملتزماً بعدم التعرض في كل الدار ، ولا يستطيع أن يسترد من المشتري النصيب الشائع الذي لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام ، ويجوز للمشتري أن يدفع استرداداً بأنه ملتزم بعدم التعرض . فلا يبقى في هذه الحالة للشخص الأول إلا أن يرجع على الشخص الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئاً في الدار . وهذا هو الحكم لو أن شخصين ورثا داراً فباعاها معاً ، ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده ، فلا يجوز له أن يسترد شيئاً من المشتري ، إذ هو ضامن لتعرضه في كل الدار . وهذا هو ما أجمع عليه القضاء والفقه في فرنسا (١) ، وسار عليه الفقه في مصر (٢) .

٣٣٣- (٣) الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع: الدائن في هذا الالتزام هو في الأصل المشتري ، فهو الذي يقع عليه التعرض

(١) نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨١٥ سيرة ١٥-١-٢٣١-١١ أغسطس سنة ١٨٣٠ سيرة ٢٠-١-٣٩٥-٣ نقض بلجيكي ٥ يونيو سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦-٢-٢٠٩ وباسيكريزي ٥٦-١-٣٠٨ - جيور ١-٢٤٣ فقرة ٢٤٤-أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هاش ٨ و١٢-لوران ٢٤ فقرة ٢١٥-بودري وسينيا فقرة ٣٦٢-بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٣-كولان وكابيتان ، فقرة ٩٠٣- ويعترض بولانجييه على هذا الحكم ، ويميل إلى التمييز ما بين التعرض المبني على سبب مادي وهذا غير قابل للانقسام والتعرض المبني على سبب قانوني وهو قابل له (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٥١٦- وانظر أيضاً جوران ٢ فقرة ١٠٩٦) .

وكان الحكم في القانون الفرنسي القديم غير ذلك ، إذ كان الالتزام يتقسم ، فإن استرد البائع الأول النصيب الذي لم يبعه في الدار ، جاز للمشتري أن يلزمه بأخذ الدار كلها حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . ويسترد المشتري من البائع الأول كل الثمن ، ثم يرجع البائع الأول على البائع الثاني بما دفعه منه (بوتيه في البيع فقرة ١٧٢) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧-الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢١٤-الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٨-الأستاذ جميل الشراوي فقرة ٦٦ ص ٢٣٠-الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ٢٩٣-الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١-الأستاذان أحمد نجيب الهلال وسامد زكي فقرة ٣٤٧-فقرة ٣٤٨ . وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٧ .

هامة . وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام ، لأن الخرق بخلاف الديون تنقل من المورث إلى الوارث . فلو أن شخصاً اشترى داراً ، وتركها لوارث ، وتعرض البائع لهذا الوارث في الدار ، كان للوارث أن يمتنع عليه بالتزام بضمان التعرض كما كان يمتنع مورثه . وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة ، فلو أن شخصاً باع داراً ، وباع المشتري الدار لمشتري ثان ، كان البائع ملزماً بعدم التعرض لا للمشتري الأول فحسب ، بل أيضاً للمشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة . وللمشتري الثاني أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة ، هي دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول وقد انتقلت إلى المشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض . فلو أن شخصاً باع عيناً غير مملوكة له ثم ملكها ، فإنه لا يستطيع أن يستردها من المشتري كما سبق القول لالتزامه بعدم التعرض ، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشتري من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام .

٣٣٤ - (٤) البيع الذي يفتى ، الضمان : وكل بيع يفتى الضمان ،

فيتولد منه التزام في ذمة البائع بعدم التعرض للمشتري . يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل ، ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً .

فاذا باع شخص عقاراً ، ثم باعه مرة أخرى إلى مشتري ثان ، وبادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فاز البائع يكون ملتزماً بضمان التعرض نحو المشتري الأول ولو أن البيع الصادر لهذا المشتري غير مسجل . وكذلك يكون البائع ملتزماً بضمان التعرض إذا صدر هذا التعرض من دائنه في بيع غير مسجل . فاذا باع شخص عقاراً ، ولم يسجل المشتري البيع فحق العقار مملوكاً للبائع ، وبادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار فسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل

(١) كذلك لو كان الخلف الخاص مورثاً له فإنه يكون دائناً بضمان التعرض لمن باع لأرهاب ، وله أيضاً دعوى مباشرة ، وهذه بخلاف الدعوى غير المباشرة التي يستطيع ردّها باسم الواهب (بودوي وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤) .

المشتري عقد البيع ، فقد قدمنا أن للدائن أن يستمر في التنفيذ ، ويبقى البائع ملتزماً بالضمان نحو المشتري ولو أن البيع لم يسجل (١).

وضمان التعرض واجب في بيع المزداد وجوبه في بيع المساومة ، ويستوى إذا قدمنا أن يكون البيع بالمزاد قضائياً أو إدارياً أو اختيارياً . وسنرى أن ضمان العيوب الخفية لا يجب في البيوع الجبرية ، قضائية كانت أو إدارية ، فقد نصت المادة ٤٥٤ مدني على أنه ولا ضمان للعيوب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد . ولكن ضمان التعرض واجب في كل هذه البيوع . فإذا باع الدائنون على المدين ماله في المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام بعدم التعرض ، وهذا الالتزام يتعاقد بذمة البائع كما هو الأمر في كل بيع آخر . والبائع هنا ليس هم للدائنين الذين باعوا على المدين العين بالمزاد ، ولكنه هو المدين نفسه فهو صاحب العين وقد بيعت عليه ، فيكون ملتزماً بعدم التعرض للمشتري الذي رسا عليه المزداد (٢) .

٣٣٥ - (ب) ما يترتب على قيام ضمانه التعرض الصادر من البائع :

التزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام دائم ، فيجب على البائع أن يتمتع عن التعرض للمشتري في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل المشتري عقد شرائه لا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالحكم الذي يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إعماله في تسجيل عقد شرائه ، مما يمكن دائن البائع الشخصي من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً لقانون متعيناً نقضه (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة مهر ١ رقم ٢٢٦ ص ١٠٤١) .

وضمان التعرض في ذلك كضمان الاستحقاق ، فالضمانان واجبان حتى في بيع غير مسجل . ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « هذا وضمان الاستحقاق واجب حتى في بيع غير مسجل ، كما إذا باع البائع العقار مرة أخرى قبل أن يسجل المشتري الأول ، وكما إذا نقل الدائن الشخصي للبائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع : نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ منقح مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٢٤ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢) .

(٢) ويلتزم البائع نحو الشفع بضمان التعرض ، كما كان يلتزم نحو المشتري قبل الأخذ بالشفعة . ويجوز أيضاً لمسترد حصة شائعة في منقول باعها أحد الشركاء لأجنبي (م ٨٢٣ مدني) الرجوع على الشريك البائع بضمان التعرض .

أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة للتقادم (١). فإذا أخل به البائع بأن تعرض فعلا للمشتري ، تولد عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعريض . وهذا الالتزام الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فإذا لم يطالب به المشتري في خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا ، سقط بالتقادم كما قدمنا ، ولا يستطيع المشتري بعد ذلك أن يطالب به البائع .

هذا الالتزام الجزائي هو الذي يترتب على قيام ضمان التعرض . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فإذا كان تعرض البائع للمشتري قائماً على أعمال مادية محضة ، كمنافسة المشتري في متجر المبيع ، وجب على البائع تعريض المشتري مما أصابه من الضرر بسبب هذه المنافسة ، ووجب في الوقت ذاته أن يقفل البائع المتجر الذي أنشأه ، ويجوز أن يحكم عليه بتهديد مالي عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر (٢) .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على تصرف قانوني صادر منه ، بأن باع مثلاً العقار مرة أخرى لمشتري ثان وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى التسجيل ، فلانما من تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول ، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتعريض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للمبيع ، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على أنه يدعى لنفسه حقاً على المبيع ، بأن كان مثلاً قد باع عيناً غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك ، فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع باسترداد المبيع من المشتري ، فلا يستطيع البائع أن يسترد العين ، لأن من وجب عليه الضمان لا يستطيع الاسترداد كما سبق القول . بل إن البائع ، لو لم يملك البيع بعد البيع ، لا يستطيع أن يطلب إبطال البيع

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩١ ص ٩٥ - عهد بفتح عبد الباقى فقرة ١٢٨ .

الصادر منه للمشتري ، لأن في طلب إبطال البيع ضرباً من التعرض للمشتري
والأصح ملزم بعدم التعرض (١).

وفي أحكام بيع ملك الغير ما يفتق مع ما قدمناه من الأحكام . فالبايع إذا باع
عيناً غير مملوكة له ثم ملكها بعد ذلك ، انقلب بيع ملك الغير صحيحاً وانتقلت
الملكية إلى المشتري من البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع في هذه الحالة
أن يستد المبيع من المشتري إذ يواجه بالتزام الضمان . كذلك لا يستطيع البائع
أن يطالب بإبطال البيع الصادر منه لعين غير مملوكة له ، لأن قابلية بيع ملك
الغير للإبطال إنما تقررت لصالح المشتري لا لصالح البائع ، وهذا يؤيد أن البائع
لا يستطيع طلب إبطال البيع إذ يواجه كما قدمنا بالتزام الضمان (٢) .

٣٣٦ - (ج) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر

مرد البائع : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ
عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك » (٣) .

وبعروض هذا النص لحالة واحدة من أحوال ثلاث في الاتفاق على تعديل

(١) وقد أورد كولان وكابيتان مثلاً لتعرض الصادر من البائع أن يطالب بإبطال بيع صدر
منه في عين غير مملوكة له ، فبعد هذا تعرضاً منه للمشتري ولا تعديلاً (كولان وكابيتان ،
فقرة ٩٠٤) .

(٢) وقد يقوم تعرض البائع على تقديمه بطن في سند ملكيته للمبيع ، فإذا قبل هذا الطعن
فأثر حق المشتري . مثل ذلك أن يكون البائع قد تقاسم مع شركائه في الشيوع ، وباع حصته التي
أفرزتها هذه القصة ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في القصة بالإبطال ، لأن هذا الطعن من
شأنه أن يؤثر في حق المشتري لحصة المنزلة ، فيعتبر الطعن تعرضاً منه للمشتري ، ومن ثم
لا يسرى في حق هذا المشتري . (انظر في هذا المدني بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٥
هامش ٢) .

(٣) أنظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له في التقنين المدني السابق وفي التقنينات
المدنية العربية الأخرى ما يمل فقرة ٣٥٥ - ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المدني الجديد
وبين التقنين المدني السابق والتقنينات المدنية العربية الأخرى .

حكام ضمان التعرض ، وهي حالة الاتفاق على إسقاط الضمان (١) . ويرجع إلى جانب هذه الحالة حالتان أخريان : حالة الاتفاق على زيادة الضمان وحالة الاتفاق على إنقاص الضمان .

أما الاتفاق على زيادة الضمان فجائز . ذلك أن البائع يلزم ، إذا لم يقع اتفاق على أى تعديل فى أحكام الضمان ، بضمان التعرض الصادر منه المشتري في ملكته للمبيع وفي انتفاعه به الانتفاع المألوف . فإذا أراد المشتري الانتفاع بالمبيع انتفاعاً خاصاً يقضى ألا يقوم البائع بأعمال معينة تتعارض مع هذا الانتفاع الخاص ، جاز أن يتفق مع البائع على ذلك . فإذا كان المبيع متجراً لسلعة معينة . ويبدأ المشتري أن يضيف إلى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتجر فيها ، جاز أن يتفق مع البائع على ألا ينشئ إلى جانبه متجراً تباع فيه السلعة الأصلية أو السلعة الأخرى ، ويمنون المشتري هنا قد اتفق مع البائع على زيادة الضمان (٢) .

وكذلك الاتفاق على إنقاص الضمان جائز . مثل ذلك أن يشترط المبيع المتجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التى يتناول فيها المتجر المبيع ، ففى هذا الاتفاق إنقاص من ضمان البائع للتعرض (٣) .

ولكن الاتفاق على إسقاط الضمان الناشئ عن فعل البائع إسقاطاً تاماً غير جائز . ويكون الاتفاق فى هذه الحالة باطلاً . ففى المثل المتقدم لا يجوز للبائع أن ينشئ متجراً ينافس به المتجر المبيع منافسة غير محدودة ، ولو اشترط البائع عدم الضمان . كذلك إذا صدر من البائع تصرف قانونى بعد البيع يتعارض مع حق المشتري ، كأن يبيع العقار مرة ثانية ويبادر المشتري الثانى إلى التسجيل فى المشتري الأول ، كان البائع ضامناً لتصرفه هذا حتى لو اشترط عدم الضمان (٤) .

(١) والمقصود بعبارة « عدم الضمان » الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ مدنى هو إسقاط الضمان لا إنقاصه (أنظر ما يلى فقرة ٣٥٧ فى الهامش وفقرة ٣٥٩ فى الهامش) .

(٢) أنظر فى أمثله أخرى لتشديد الضمان أدبرى وردو • فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ وهامش رقم • مكرر رابعا - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٣ هامش رقم ١ .

(٣) أنظر فى أمثله أخرى لإنقاص الضمان بودوى وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٥ - ص ٤١٦ -

بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط عدم الضمان للوارد فى البند الحادى والعشرين من =

ولا يجوز أيضاً أن يمنح البائع بحق له مستحدث على المبيع ، ولو كان في عقد قد اشترط عدم الضمان . وقد روعي في هذا كله أن البائع لا يجوز له أن يشترط عدم مسئولته عن فعله ، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسئولته عن غشه أو عن تقصيره (١).

المطلب الثاني

التعرض الصادر من الغير

٣٣٧ - مسائل مطروحة : نبحث في التعرض الصادر من الغير بمسائل الثلاث التي بحثناها في التعرض الصادر من البائع : (١) متى يقوم هذا الضمان (٢) ما يترتب على قيام الضمان . (٣) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

١٩ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٣٨ - مخطط البحث : ونتبع هنا أيضاً خطة البحث التي اتبعناها في التعرض الصادر من البائع ، فنبحث : (١) أعمال التعرض . (ب) المدين : الالتزام بالتعرض . (ج) الدائن في هذا الالتزام . (د) البيع الذي ينشأ عنه هذا الضمان .

٣٣٩ - (١) أعمال التعرض الصادر من الغير : حتى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (أولاً) أن يقع التعرض

= شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ، ومزاد أن المشتري يشتري ساقط الخيار ، لا يسقط من البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت رسو المزاد وقصره فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض فته ، ما دام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٧ ص ٢٩١) . (١) بردري وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ نة ٩٤ .

فعلا . (ثانياً) أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع . (ثالثاً) أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع ، فإذا كان تالياً له وجب أن يكون الغير قد استمده من البائع .

٣٤٠ - أولاً - أنه يقع التعرض فعلاً : قلنا أن المادة ٤٩٣ مدني تقضي بأن « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه » سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع بمنحج به على المشتري . فيجب إذن أن يقع التعرض فعلاً من الغير ، والغير هنا هو أجنبي ليس طرفاً في عقد البيع . فيدعى الغير حقاً على المبيع ، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشتري ، وهذا هو في الأصل معنى وقوع التعرض فعلاً (١) . وهذه الدعوى تختلف باختلاف الحق الذي يدعيه الغير ،

(١) نفقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة مصر ٢ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - أما إذا لم يقع التعرض فعلاً بل خيف من وقوعه ، فإن هذا لا يمكن التحقق الضمان . ولكن المشتري في هذه الحالة ، إذا كان لم يدفع الثمن ، يجوز له حبسه لمجرد الخشية من وقوع التعرض ، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطلب باستيفاء الثمن حل أن يقدم كفيلاً (م ٥٧٤ م حلف) . فإذا كان المشتري قد دفع الثمن ، وخشى من وقوع تعرض لما يقع ، فليس له أن يستعده الثمن ليحبه ، وليس له رفع دعوى ضمان التعرض ما دام التعرض لم يقع ، ولكن يمكن أن يكون له الحق في طلب فسخ البيع ، ويكون له الحق أيضاً إذا كان المبيع غير مملوك للبائع أن يطلب إبطال البيع (بلانيول وروبير وهامل ١٠ ص ٩٩ هامش ١) .

ويترتب حل ما قلناه أن مجرد وجود حق رهن على المبيع لا يتحقق به الضمان ، ما دام الدائن المرتهن لم يتخذ أي إجراء على الدين المبيعة (نفقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة مصر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ - استئناف مخطط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٣) ، وقد لا يتخذ هذا الإجراء إذا استوفى من البائع حقه (بودري وسينيا فترة ٣٥١ مكررة أولاً) . ولكن متى أخذ الدائن المرتهن المشتري بالدفع أو التخلي ، يكون معرض قد وقع فعلاً (استئناف مخطط ٩ مارس ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) . حل أن مجرد ظهور حق رهن أو حق اختصاص أو حق ارتفاق على الدين يميز للمشتري طلب فسخ البيع ، وإن لم يحصل التعرض فعلاً (استئناف وطني ٢٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٥١ - ٨ مارس سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٨٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١١ الحقوق ٣٨ ص ١٣٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع رقم ١/١٢٠ ص ١١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٨ ص ٢٤٢) . كذلك إذا كان المبيع في حيازة غير البائع ، فلقد هذا لا يمكن التحقق الضمان ، والمشتري أن يطلب من البائع تسليم المبيع ، كما يجوز له أن يرفع دعوى استرداد حل الحائز فان لم يسلم = (م ٤١٦ - الوسيط ج ٤)

فقد نكون دعوى استحقاق كلى بطالب بموجبها الغير المشتري بملكية المبيع كله ، أو دعوى استحقاق جزئى بطالب بموجبها بملكية بعض المبيع ، أو دعوى رهن بطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع (١) ، أو دعوى ارتفاق بطالب فيها بحق ارتفاق على المبيع ، أو دعوى إيجار يتمسك فيها الغير غير المشتري بعقد إيجار صدر له كمتأجر . وقد لا يكون الغير هو المدعى فى هذه الدعوى ، بل يكون مدعى عليه . ويتصور ذلك بأن يكون المبيع فى يد الغير ، فيرفع عليه المشتري بعد صدور البيع دعوى بطالب فيها به . يتمسك الغير فى هذه الدعوى بالحق الذى يدعيه على المبيع بموجب دفع بدفع به دعوى الاسترداد التى رفعها المشتري . فالتعرض إذن يكون واقعاً فعلاً من الغير ، بدعوى ترفع أمام القضاء يكون فيها الغير إما مدعياً أو مدعى عليه (٢).

= بدعواه بل ادعى أن له حقاً على المبيع تحقق ضمان التعرض (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً) . وبمجرد الخشية من الاستحقاق لا يمكن (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١) ، وكذلك لا يمكن عدم تسليم مستندات الملكية مادام لم يتعرض أحد للمشتري (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٥٨) ، ولا بمجرد عدم إثبات ملكية البائع للبيع (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦) ، ولا عدم شطب الرهن إذا كان الدين قد دفع (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧) .

ولكن يمكن الرجوع بضمان التعرض أن يكون المشتري لم يستطع الانتفاع بالمبيع ، حتى لو لم ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المستحق (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣٨) . وإذا وقع التعرض للمشتري ونزعت حيازته ، فالمشتري هو الذى يرفع دعوى الاسترداد لا البائع ، إذا لا صفة لبائع بعد البيع فى رفع هذه الدعوى (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ١٤ ص ١٠٥ رقم ١/٢١٦) . وإذا رفعت دعوى ضمان الإشتقاق ، جاز للبائع دفعها بأن المالك قد أقر البيع ، وهذا بخلاف دعوى الإبطال فى بيع ملك الغير (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٥) .

(١) وذلك بأن يلجأ الدائن المرتهن إلى مزع ملكية العقار المبيع ، ويقع التعرض فى هذه الحالة كما قدنا بمجرد إنذار المشتري بالدفع أو التخلية ، فيجوز عندئذ للمشتري أن يطلب من البائع أن يدفع عنه هذا التعرض بأن يوفى الدائن دينه أو يعمل على شطب الرهن بأية وسيلة . ويجوز الحكم على البائع بغرامة تهديدية حتى يقوم بمنع التعرض (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٦ يشير إلى حكيم فى هذا المعنى) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ضمان المبيع المترتب على البيع ينحصر فى تسليم المبيع دون منازعته فيه من الغير . فإذا هجز البائع عن التسليم أو هجز من كف منازعة =

على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به في الغالب ، ليس ضرورياً لوقوع التعرض فعلاً ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتحقق ذلك إذا اعتقد المشتري أن الغير على حق فيما يدعيه (١) ، فيسلم له ادعائه أو بصالحه عليه أو يدفع له الدين المضمون برهن على أن المبيع أو نحو ذلك (٢) . ولكن المشتري في هذه الحالة يخاطر بأحد أمرين : أولهما أن يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المشتري ، وعندئذ يفقد المشتري حقه في الرجوع على البائع بالضمان . والثاني أنه حتى إذا لم يستطع البائع أن يثبت ذلك ، فإن له ، طبقاً للمادة ٤٤٢ مدني . أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه للبائع أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات ، وسيأتي بيان ذلك .

كذلك يعتبر التعرض واقعاً فعلاً دون أن ترفع دعوى ، إذا كان البائع غير مالك للمبيع ، وبعد البيع ملكه المشتري بسبب آخر غير البيع الصادر له . مثل ذلك أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له ، فلا تنتقل الملكية للمشتري بالبيع ،

= الغير للمشتري وجب عليه الضمان. وهذا الضمان في الحالتين مرجعه بيع البائع ما لا يملك ، إلا أن المبيع كان في الحالة الأولى تحت يد الغير وقت البيع فتعذر التسليم ، وكان في الحالة الثانية تحت يد المشتري فاسترده مالكة الحقيق ونزعت بذلك الملكية من المشتري . وإنه يترتب على هذا الضمان بطلان البيع في الحالة الأولى أو فسخه في الحالة الثانية وإلزام البائع برد الثمن مع التفضيئات (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ ص ١٣٦٤) . ولا يفهم من هذا الحكم أن الضمان في الحالة الأولى محصور في بطلان البيع باعتباره بيع ملك الغير ، ذلك أن ضمان الاستحقاق يقوم حتى في هذه الحالة ، ويكون للمشتري الخيار بين إبطال البيع باعتباره بيع ملك الغير ، وبين الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع (أنظر الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٠٥ ص ٣٥٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٩ ص ٢٩٢ - وأنظر بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً - دى باج ٤ فقرة ١٢٨) .

(١) وقد يكون هذا الاعتقاد مبنيًا على أسباب قوية ، كما إذا كان المبيع مرهوناً فيخليه قடன் المرتهن (بيدان ١١ فقرة ١٩١ أولاً) ، أو كان سند ملكية البائع عقد هبة ورزق الوهاب بعد المنة ولداً أو كان الوهاب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي ثم يرجع الوهاب في هبة (م ٥٠١ حرف ج مدني) . أنظر في هذا المعنى بودري وسينيا فقرة ٢٥٠ ص ٣٤٧ - أنسيكلويدى دالوز لفظ vente فقرة ١٢٩١ .

(٢) أنظر المادة ٤٤٢ مدني وسيأتي بيانها - وأنظر أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٧ - بيدان ١١ فقرة ١٩١ ص ١٤٥ .

ولكن المشتري يرث العين من المالك أو يشترها منه أو يوصى المالك له بها فتنتقل إليه الملكية بسبب آخر غير البيع ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحققت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقي إلى المشتري (١) . ومن ثم تكون العين قد استحققت فعلا ، فوجب البائع ضمان الاستحقاق (٢) .

ويترتب على أن ضمان التعرض والاستحقاق لا ينحقق إلا من وقت وقوع أعمال التعرض أو ثبوت الاستحقاق ، أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى ضمان التعرض إلا من وقت وقوع التعرض ، ولا يسرى بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من وقت ثبوت الاستحقاق (٢/٣٨١ مدني) ، ومدة التقادم في الحالتين خمس عشرة سنة . ويبقى البيع مرتباً لضمان التعرض والاستحقاق دائماً كما سبق القول ، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض أو ثبوت الاستحقاق (٣) .

٣٤١ - ثانياً : أنه يكونه التعرض هو ادعاء الغير عفا على البيع

هنا يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب

(١) أو يكون البيع مرهوناً ، فيدخل المشتري في المزايدة فيسرق عليه بتكاليف أكثر فيرجع بدعوى الاستحقاق على البائع ، أو يدفع الدين للدائن المرتهن حتى لا يتابع الدين فيرجع على البائع بما دفعه على أساس ضمان الاستحقاق (بودري وسينيا فقرة ٢٥٠ ص ٣٤٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ١٢٩٥) .

(٢) لوران ٢٤ فقرة ٢١٦ - أوبري وزو ه فقرة ٢٥٥ ص ٦٧ - بودري وسينيا فقرة ٢٥٠ - أنظر أيضاً بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٠ ص ١٠٦ (ويميلون إلى القول بأن المشتري يكتسب في هذه الأحوال بدعوى الفسخ أو دعوى إبطال بيع ملك الغير) .

(٣) نفس مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٥ دسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٢ ص ٤١ - استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٢٠ ص ٢٥٧ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢/١٦٥ ص ٣٤٢ - استئناف مخطوط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٨ - استئناف مخطوط (دوائر مجتمعة) ٢٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٦ .

قانونى . وقد رأينا فى التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنياً على سبب قانونى أو مبنياً على سبب مادى ، أما فى التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانونى .

فالتعرض المبنى على سبب مادى الصادر من الغير لا يتحقق به ضمان البائع لهذا التعرض (١) . ويكون التعرض مبنياً على سبب مادى ، كما رأينا ، إذا لم يكن الغير بدعى فى تعرضه حقاً على المبيع ، بل هو بلجاً فى تعرضه للمشتري إلى أعمال مادية محضة ، بل وإلى تصرفات قانونية ، ولكنه لا بدعى فى كل ذلك أن له حقاً على المبيع . فاذا انتزع الغير المبيع من المشتري عنوة ، كان هذا عملاً مادياً محضاً ، ولا يكون البائع مسئولاً عنه . ويجزى المشتري فى ذلك الحماية العامة التى يولها إياه القانون ، فهو يستطيع أن يواجه الغير بدعاوى منع التعرض واسترداد الحيازة ونحوها إذا توافرت شروطها ، وهو يستطيع أن يرفع شكواه إلى الجهات الإدارية وغيرها لمنع الغير من اغتصاب ملكه ، ويستطيع فى جميع الأحوال أن يرجع على الغير بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر بسبب هذا التعلل المادى ، وليس للبائع شأن فى شيء من ذلك . وإذا كان المبيع متقولاً وسرقه الغير من المشتري ، كان الحكم هو ما قدمناه . وإذا كان المبيع متجراً وأقام الغير إلى تجاره ممانلاً ونافس للمشتري منافسة غير مشروعة ، فليس البائع مسئولاً عن ذلك ، وعلى المشتري أن يرجع على الغير بجميع الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الحالة . وإذا كان المبيع داراً ، وأجرها الغير دون أن بدعى أن له حقاً فى إيجارها ، فهذا تصرف قانونى يعتبر فى حكم الأعمال المادية ، ولا يكون للبائع شأن فيه ، وعلى المشتري أن يطرد المستأجر من داره وأن يقاضى الغير الذى أجر له بالوسائل التى يخولها إياه القانون . فما دام الغير لا بدعى حقاً مادى على البيع ينجح به على المشتري ، فالتعرض الصادر منه يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب مادى ، ولا يكون البائع

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٤ (ولو كان الضمان منصوباً عليه فى المقد) — استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ — ٢٠ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٨٣ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٩ .

ضامناً له أو مسئولاً عنه (١) .

وحتى يكون البائع ضامناً لتعرض الغير يجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانونى ، كما سبق القول ، وذلك بأن يدعى الغير حقاً على المبيع محتج به على المشتري فى دعوى برفعها عليه (٢) ، أو ترفع عليه من المشتري ، أو دون دعوى مع وقوع التعرض فعلاً (٣) ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . ولا يلزم أن يكون الحق الذى يدعى لغيره ثابتاً ، بل يكفى مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان (١) .

وهذا الحق الذى يدعىه الغير على المبيع ويحتج به على المشتري يجوز أن يكون حقاً عيبياً أو حقاً شخصياً . وكان التقنين المدنى السابق (م ٣٧٤/٣٠٠) يشترط أن يكون حقاً عيبياً (٥) ، فصالح التقنين المدنى الجديد هذا الخطأ

(١) استئناف مخطوط ٣٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٦ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٩٦ - وإذا كان التعرض المادى الصادر من الغير قد وقع قبل تسليم المبيع ، وجب على البائع دفعه ، ولكن لا يوجب التزامه بالضمان ، بل يوجب التزامه بالتسليم (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٥٩) .

(٢) أما إذا رفع الغير الدعوى على البائع ، ولم يدخل فيها المشتري ، فالحكم الصادر فى الدعوى لا يكون حجة على المشتري ، ومن ثم لا يكون هناك محل لرجوع المشتري على البائع بضمان التعرض أو الاستحقاق (نقض مدى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٥ ص ٢٥١) .

(٣) ويشترط ألا يكون المشتري قد تسبب بخطئه فى هذا التعرض ، كأن كان قد تعهد بدفع الدين المضمون برهن على المبيع ولم يدفعه ففزع الدائن المرتهن ملكية المبيع (استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣/٣٠٠ ص ٤٢٨ - المتبا ٢٢ يولييه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٢٩٥ ص ٥٧٢) .

(٤) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩

(٥) وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن المادة ٣٠٠ مدى صريحة فى أن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية ، وحق المستأجر على المير المؤجرة ليس إلا حقاً شخصياً ، فهو لا يدخل فى حكم هذه المادة (نقض مدى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦) . وأنظر أيضاً : استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٥٥ ص ٢٧٤ (لا تدخل فى الإجارة فى عبارة التكاليف) - استئناف مخطوط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ .

وأطلق ولم بشرط في الحق أن يكون عينياً (١) .

ومثل الحق العيني الذي بدعه الغير على المبيع حتى الملكية على المبيع كله أو على جزء منه شائع أو غير شائع ، فيتقدم الغير إلى المشتري باعتباره المالك الحقيقي للمبيع كله أو بعضه وبطلب برد ما بدعه ، ويرفع عليه دعوى استحقاق كلى أو جزئى (٢) . وقد يكون الحق العيني حتى رهن بدعه الغير على المبيع ، أو حق اختصاص (٣) ، أو حق امتياز ، وقد يكون حق انتفاع ، أو حق حكر (٤) ، أو حق ارتفاق (٥) . ولم يميز التقنين المدني المصرى بين حق الارتفاق وبين غيره من الحقوق العينية الأخرى التى تقدم ذكرها ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٩ فى الحاشى . والتعبير بتاريخ ابيع ، فإذا كان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى للتقنين السابق ، وإلا فالتقنين الجديد .

(٢) فإذا كان الغير يطالب بشئ ليس جزءاً من المبيع ، لم ينحصر الضمان حتى لو ظنه المشتري خطأ جزءاً من المبيع ، كما إذا اشترى شخص أرضاً ورأى أشجاراً مفروسة فى حدودها فظنها تابعة للأرض ، وتبين بعد الشراء أنها لا تتبع الأرض بل هى لتجار ، فليس للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان فى هذه الحالة ما دام البائع لم يدخل الأشجار فى المبيع (بودرى وسينا فقرة ٣٥١ مكررة ثالث) . ولكن سئى أنه إذا وجد حق ارتفاق ظاهر للمبيع اطمأن المشتري إلى وجوده ، ضمنه البائع حتى لو لم يذكر فى عقد البيع ، فنحن نرى أنه غير موجود رجع المشتري على البائع بالضمان (انظر ما يلى فقرة ٣٥٨ فى الحاشى - بودرى وسينا فقرة ٣٩٠) وقد قدمنا أن ضمان الاستحقاق غير ضمان المجزئ فى مقدار المبيع .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق وجه قانونى ، وبشئ ذلك وجود دين شخصى على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم على حق اختصاص على المبيع (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩ ص ٧١) .

(٤) استئناف مغلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٩ - ٢٣ يردية سنة ١٩١٠ م ١٢ ص ٢٨٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٦٥ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٤ .

(٥) وقد يكون التعرض راجعاً إلى أن البائع قد باع المبيع ومعه حقوق ارتفاق تقررت لثانته ، ثم ظهر أنها غير موجودة ، فيرجع المشتري على البائع فى هذه الحالة بضمان الاستحقاق الجزئى . ويجب لتحقق الضمان أن تكون حقوق الارتفاق هذه مذكورة فى عقد البيع ، أو تكون ظاهرة بحيث يكون المشتري قد اطمأن إلى وجودها فتكون فى حكم المذكورة ضمناً (أوبرى ورو ، فقرة ٣٥٥ ص ٧٨ - بلانيرول وريير وهامل ١٠ فقرة ٩٧ ص ١٠١ وهاشى رقم ٤) .

كما ميز التفنين المدني الفرنسى حتى الارتفاق بافراده بالذكر (م ١٦٢٦ مدنى
فرنسى) لاعتبارات تاريخية ترجع إلى تقاليد القانون الرمانى وقد سبق
بيانها (١). بل إن التفنين المدني المصرى جعل حتى الارتفاق كسائر الحقوق
العينية ، وشملها جميعاً بالعبارة التى وردت فى المادة ٤٢٩ مدنى : . . . فعل
أجنبى يكون له . . . حق على المبيع . . .

ومثل الحق الشخصى الذى يدعيه الغير حتى المستأجر . فإذا كان الغير يدعى
أنه استأجر من بائع العين المبيعة بايجار له تاريخ ثابت سابق على المبيع ، واحتج
بحقه على المشتري طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدنى ، كان هذا الادعاء من
جانب الغير تعرضاً مبنياً على سبب قانونى يضمنه البائع . ويلتحق بذلك أن يدعى
الغير ، وهو مستأجر للعين المبيعة ، أنه دفع الأجرة مقدماً للبائع ، ويحتج
بمخالصة صادرة من البائع ، مسجلة إذا كانت الأجرة المعجلة عن مدة تزيد
على ثلاث سنوات ، أو غير مسجلة إذا كانت المدة لا تزيد على ذلك ، فيكون
تمسك المستأجر بهذه المخالصة تعرضاً مبنياً على سبب قانونى يضمنه البائع .

٣٤٣ - ثالثاً - أنه يكون الحق الذى يدره الغير سابقاً على البيع
أو يكونه غالباً ولكنه مستند من البائع : ويجب أخيراً لتحقيق ضمان البائع
للتعرض الصادر من الغير أن يكون الحق الذى يدعيه الغير على المبيع (٢) حقاً
يدعى أنه موجود قبل البيع الصادر إلى المشتري .

(١) انظر آتياً فقرة ٣٢٥ .

(٢) ويجب أن يكون الحق المدعى به متصلاً أصلاً على المبيع ، لا أتياً عرضاً عن طريق قاعدة
عدم تجزئة الرهن . فإذا كان الدائن المرتهن لم ينزع ملكية القدر المبيع ، بل إنه عند تسوية دينه
ظهر أن له بقية منه أراد أن يضمها على العين المبيعة بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن ، فرفع المشتري
هل البائعين دعوى بطلب قيمة هذه البقية التى هى زائدة على الثمن الذى سبق أن دفعه لهم وطلب
المرتهن ، فإن تكيف هذه الدعوى بأنها دعوى ضمان استحقاق أو نزع ملكية هو تكيف غير صحيح .
والصحيح الممول عليه فقط هو عقد البيع وما قارنه من ظروف . وحكم هذا العقد أن المشتري خلف
للثانين فى ملكية الأطنان التى اشتراها منهم مرهونة مع الأطنان الأخرى ، وأن ضمان البائعين من
ساحبة مبلغ الرهن هو ألا يكون نصيب الأطنان المبيعة فيه وقت التناقد أكثر مما ذكر فى العقد . =

وهذا ما تصرح به المادة ٤٣٩ مابنى ، كما رأينا ، إذ تقول : . . . فعل
أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع . . . فإذا سلم الغير أن الحق الذى
يدعيه على المبيع لم يثبت له إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع ، لم يكن البائع
مسئولا عن الضمان . ويرجع ذلك فى كثير من الأحوال إلى أن الحق الذى يدعى
الغير ثبوته بعد البيع لا يحنج به على المشتري ويجب لتحقيق الضمان أن يكون الحق
مما يحنج به على المشتري كما قدمنا . فإذا ادعى الغير أنه اشترى المبيع بعد البيع ،
فإذا كان اشتراه من غير البائع ولم يكن هذا مالكا ، لم يتحقق الضمان ، ليس
فحسب لأن الحق الذى يدعيه الغير لاحق للبيع ، بل أيضاً لأن الحق لا يحنج
به على المشتري إذ هو مستمد من غير المالك . وإن كان اشتراه من غير البائع
وكان هذا هو المالك الحقيقى للمبيع ، تحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت
بعد البيع ، وذلك لأن المستحق فى هذه الحالة ليس هو الغير بالذات بل هو
المالك الحقيقى الذى باع للغير ، وهذا حق ثابت قبل البيع . وإذا ادعى الغير أنه
مستأجر للعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع ، لم يكن البائع ضامناً ، ليس
فحسب لأن حق المستأجر لاحق للبيع ، بل أيضاً لأنه حق لا يستطيع المستأجر
أن يحنج به على المشتري . ولكن قد يتحقق فى بعض الأحوال أن يكون
الحق الذى يدعيه الغير لاحقاً للبيع وبسبب مع ذلك الاحتجاج به على المشتري ،
فلا يكون البائع عندئذ مسئولاً عن الضمان . مثل ذلك أن يتمسك مستأجر العين
المبيعة على المشتري بمدة الإيجار بموجب قانون استثنائى صدر بعد البيع ،
فهنا يتمسك المستأجر بحق لم يثبت له إلا بعد البيع ، فلا يكون البائع ضامناً .
وهذا بخلاف ما إذا كان القانون الاستثنائى القاضى بمدة الإيجار قد صدر

= وأما باقى الدين الذى يصيب الأطنان الأخرى المرهونة مع الأطنان المبيعة فلا شأن للبائعين بضمانه ،
ولا تنطبق على بيعهم أحكام القانون المدنى الواردة فى باب ضمان المبيع عند استحقاقه للغير أو عند
نزع ملكيته كله أو بعضه . ويرجع المشتري فى هذه الحالة ، وقد حل محل الدائن المرتهن فيما دفعه
بسبب قاعده عدم تجزئة الرهن ، على أصحاب الأطنان الأخرى الى فك رهنها من طريق هذا الدفع
(نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٨ ص ١٠٥٤) . ويمكن القول
هنا إن سبب عدم ضمان البائع يرجع أيضاً إلى أن الحق الذى يدعيه الغير (الدائن المرتهن) لم يثبت
إلا بعد البيع ، أى عند تسوية الدين وظهور بقية منه وضماها الدائن المرتهن على العين المبيعة . وسرى
أن البائع لا يضمن حقاً للغير يثبت على المبيع بعد البيع .

قبل البيع ، إذ يكون حق المستأجر في هذه الحالة قد ثبت قبل البيع ، فيجب أن على البائع (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص شيئاً مملوكة له ولكنها في حيازة شخص آخر مدة بلغت اثنتي عشرة سنة مثلاً ، وتبقى العين بعد البيع في حيازة هذا الشخص إلى أن يستكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة (٢) . فيمتلكها . ففي هذه الحالة قد ثبت حق الغير على العين ، ولكن البائع لا يكون مسئولاً عن الضمان ، لأن هذا الحق لم يثبت للغير إلا بعد البيع (٣) . إما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة قبل البيع ، ثم بيعت العين بعد ذلك ، كان البائع مسئولاً عن الضمان ، لأن الحق الذي يتمسك به الغير قد ثبت له قبل البيع (٤) . ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز وقت البيع قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المشتري من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلاً ، ثم بيعت العين ، فإن المشتري لا يتيسر له في الشهر الباقي لتقادم التقادم أن يكشف عن هذا الرضخ وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لتقطع التقادم ، فيكون الحق الذي يتمسك به الغير في هذه الحالة في حكم الثابت قبل البيع ، ومن ثم يكون البائع مسئولاً عن الضمان (٥) .

على أن ضمان البائع لتعرض الغير يتحقق حتى لو كان الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع ، إذا كان المشتري قد استمد هذا الحق من البائع نفسه . وفي هذا نقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٩ مدني : « ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو

(١) بودري وسينيا فقرة ٣٥٢ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٦ وهامش رقم ٥ .

(٢) ويجوز أن يكون الحائز قد اشترى العين من غير المالك وهو حسن النية ، فيمتلكها بمدة التقادم القصير وهي خمس سنوات (استئناف مختلط ١٤ مارس ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨) .

(٣) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - بيدان ١١ فقرة ١٩٣ - عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٢٢٢ .

(٤) نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٢ ص ٧٤٤ .

(٥) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - عكس ذلك بيدان ١١ فقرة ١٩٣ .

كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه . فاذا باع شخص عقاراً مرتين ، وسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول ، ومع ذلك يكون البائع مسئولاً عن الضمان نحو المشتري الأول بموجب البيع الأول ، لأن حق المشتري الثانى وإن كان لاحقاً للبيع الأول إلا أنه مستمد من البائع نفسه . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا باع المالك المنقول مرتين وسلمه للمشتري الثانى وكان هذا حسن النية ، وذلك لنفس الاعتبار المتقدمة (١) . وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه ، وقيد الدائن المرتهن رهنه قبل أن يسجل المشتري (٢) .

وفى الاحوال التى يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وإن كان لاحقاً للبيع إلا أنه مستمد من البائع نفسه ، يكون البائع مسئولاً عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادراً منه هو فى وقت واحد . وبترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق فى هذه الحالة على إسقاط الضمان ، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير ، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع .

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت

(١) وبلاحظ أنه فى حالة بيع المنقول مرتين ، تنقل ملكية المنقول المبيع إلى المشتري الحاضر لامن البائع ، بل من المشتري غير الحاضر ، ومن ثم لا تنطبق حرفية النص وهو يقول : « إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه » . ولكن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل إلى الغير نتيجة لفعل البائع (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦١ هامش رقم ١) .

ويجب لضمان إذا نزع ملكية المبيع للمصلحة العامة فى الفترة ما بين العقد الابتدائى والوقت المحدد لإنهاء العقد النهائى ، فإن المبيع تكون ملكيته قد نزع على البائع قاتن سبب الاستحقاق من جهته (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) .

ومن الفقهاء من يجعل البائع مسئولاً عن الضمان حتى لو كان سبب الاستحقاق أمراً من السلطة العامة صدر بعد البيع ، إذا ثبت أن هذا الأمر لم يصدر إلا بناء على شكوى البائع ، كما لو تظلم البائع من نظام الرى المنقر فى منطقة الأرض المبيعة ، وترتب على تظلمه تغيير هذا النظام تغييراً أضر بالأرض المبيعة (الأستاذان أحمد نجيب الهلابل وحامد زكى فقرة ٣٥٧ هامش ٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٠ ص ٢٨٠) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة .

البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق . فحتى لو كان المشتري عالماً بالحق الذى يدعيه الغير ، وحتى لو كان البائع لا يعلم به ، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك . على أن حق الارتفاق يكفى لعدم الضمان فيه أن يكون المشتري عالماً به ، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به . وهذا حكم خاص بحق الارتفاق ، تأثيره فى التقنين المدنى المصرى بتقاليد التقنين المدنى الفرنسى التى ترجع إلى عهد القانون الرومانى وقد سبق أن بيناها . ولكن التقنين المصرى جعل عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان ظاهراً أو كان المشتري يعلم به راجعاً إلى اتفاق ضمنى على عدم الضمان ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى فى هذا الصدد : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » . أما التقنين الفرنسى فيجعل عدم علم المشتري بحق الارتفاق (١) وعدم ظهور هذا الحق شرطين يجب توافرها حتى يكون البائع مسئولاً عن الضمان .

٣٤٣ - (ب) المدين فى الالتزام بضمانه التعرض الصادر من

الغير - عدم قابلية الالتزام وقابلية المدين - المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع أيضاً ، فهو ضامن للتعرض الصادر

(١) وكذلك بالتكاليف الأخرى غير حق الارتفاق ، كحق الانتفاع وحق المستأجر . فبحسب فى القانون الفرنسى أن يكون المشتري وقت البيع لا يعلم بهذه التكاليف ، فإن كان عالماً بها لم يكن البائع مسئولاً عن الضمان . أما فى التقنين المصرى الذى ذكر فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى هو حق الارتفاق ، ولم يذكر غيره كحق الانتفاع وحق المستأجر . ويتربط عمل ذلك أن للضمان يتحقق فى ذين الحالتين الأخيرتين ولو كان المشتري يعلم بهما وقت البيع ، ما لم يشترط البائع علم الضمان . وحق الزم لا يعتبر تكليفاً فى القانون الفرنسى ، وعن ثم يكون الحكم واحداً بالنسبة إليه فى القانون المصرى والفرنسى ، ويكون البائع مسئولاً عن الضمان فى كل من القانونين حتى لو كان المشتري يعلم وقت البيع بهذا الحق ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان (أنظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بلاسيول وديير وهامل ١٠ فقرة ٩٨ ، فقرة ٩٩ - وقرة ١٠٢) .

مه، وضامن في الوقت ذاته للتعرض الصادر من الغير (١). ولا ينتقل التزامه بضمان تعرض الغير إلى الخلف العام، كما لا ينتقل التزامه بضمان تعرضه هو، لنفس السبب وهو أن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً في التركة. فإذا باع شخص عينا مملوكة للغير ثم مات، فإن المالك الحقيقي إما أن يسترد العين من المشتري ويرجع المشتري بالتعويض على التركة لا على الوارث، وإما أنه لا يستطيع استرداد العين كأن كانت منقولة ملكه المشتري بالحيازة مع حسن النية، وفي هذه الحالة يرجع بالتعويض على التركة أيضاً لا على الوارث (٢). وغنى عن البيان أن الوارث لا يأخذ من التركة شيئاً قبل استئزال ديونها، ومنها هذا الدين بالتعويض الذي تلزم به التركة إما للمشتري وإما للمالك الحقيقي. كذلك لا ينتقل التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، كما لا ينتقل التزامه بضمان التعرض الصادر منه، إلى الخلف الخاص. فلو أن شخصاً باع عينا لمشتري أول وانتقلت إليه الملكية، ثم باع نفس العين لمشتري ثان، فإن البائع يكون مسئولاً عن ضمان نحو المشتري الثاني، ولا يكون المشتري الأول وهو الخلف الخاص للبائع على هذه العين مسئولاً عن الضمان.

ولا يتعدى التزام البائع بضمان تعرض الغير إلى دائته، كما لا يتعدى إلى الدائن التزامه بضمان تعرض نفسه. فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له، ولم

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس لمشتري في حالة استحقاق المبيع لغيره إلا حق الرجوع على البائع بالضمان. فإذا كانت الأعيان ملكاً لوقف، وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فبإمعان الوقف، ثم باعها المشتري إلى آخر، ثم طالب الناظر الجديد المشتري الثاني بتثبيت ملكية الوقف لها، فلا يحق لهذا المشتري، إذا ما حكم بالتزامه برد أعيان الوقف، أن يطلب تسليمه أعيان الناظر السابق الخاصة التي وضع الوقف يده عليها بطريق البدل، لأنه لم يكن متبادلاً مع الوقف وإنما هو مشتري من شخص آخر بعيد عنه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة حمير ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨).

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن واجب الضمان في عقود البيع ينتقل إلى التركة في الشريعة الإسلامية بعد وفاة البائع، ولا يلتزم الورثة إلا بقدر ما استفادوا من التركة ولا يلتزم ورثة في أسرارهم الخاصة، حتى لو تحملت العين موضوع الضمان إذا خرجت عن ملك المورث إلى أحد الورثة قبل وفاته (استئناف أسيوط ٩ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦٥).

جعل المشتري البيع ، وكان دائن البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ في ترع ملكيته ، فان التعرض المشتري هنا يعتبر صادراً من الغير من وجه كما سبق القول ، ولا يستطيع المشتري في هذه الحالة أن يحتج على الدائن بالالتزام البائع بضمان تعرض الغير ، لأن هذا الالتزام لا يمتد إلى الدائن .

ولكن كفيل البائع بكون ملزماً مع البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، فإذا باع شخص عتاً وكفله في البيع شخص آخر ، ثم ظهر أن العين المبيعة مملوكة للكفيل لا للبائع ، فان الكفيل لا يستطيع أن يسترد العين . ذلك أن استرداد الكفيل للعين هو بالنسبة إلى المشتري تعرض صادر من الغير ، والبائع يضمن هذا التعرض وكذلك يضمنه كفيله ، فالكفيل إذن ضامن لهذا التعرض ومن وجب عليه الضمان لا يجوز له الاسترداد .

والالتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما سنرى ، إما أن يطالب المشتري بتنفيذه عتاً فيدعو البائع إلى جعل الغير يكف عن تعرضه ، وإما أن يطالب بتنفيذه عن طريق التعويض برجوعه على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعذر التنفيذ العيني . وهذا الالتزام في صورته الأولى ، صورة المطالبة بالتنفيذ عتاً ، يكون غير قابل للانقسام . فلو باع شخصان داراً على الشيوع ، وتعرض للمشتري أجنبي يدعى حقاً على الدار ، كان للمشتري أن يطلب من أى من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان التعرض كاملاً تنفيذاً عتياً ، بأن يطلب منه أن يجعل الأجنبي يكف عن تعرضه في الدار كلها لا في نصيب هذا البائع فحسب (١) . ولكن الالتزام في صورته الأخرى ، صورة المطالبة بالتعويض ،

(١) ويرفع الأجنبي عادة دعوى استحقاق الدار على المشتري ، فيدخل المشتري أحد البائعين ضامناً في الدعوى ، وعلى هذا أن يثبت أن ادعاء الأجنبي لا أساس له في كل الدار لا في نصيبه فقط . ولهذا البائع أن يدخل البائع الآخر ضامناً معه في الدعوى ليعاونه في هذا الإثبات ، وليتحمل معه مصروفات الدعوى عند الاقتضاء ، والمصروفات قابلة للانقسام فتقسم عليهما بنسبة نصيب كل منهما ، وليحكم عليه بالتعويض إذا ثبت استحقاق الأجنبي للدار ، والتعويض أيضاً قابل للانقسام كما سنرى فيحكم عليهما كل بنسبة نصيبه في الدار (لوران ٢٤١٢ - ٢٤١٠ - ٢٤٠ - أوبري ورو ٥ - فقرة ٢٤٥ هامش ٧ وهامش ١٠ - بلانيرول وبيير وهامل ١٠ - فقرة ١١٠ - كولان وكابيتان ١ - فقرة ٩٠٣) .

يكون قابلاً للانقسام، لأن محل الالتزام وهو دفع مبلغ من الثمن يقبل الانقسام بطبيعته (١). ففي المثل المتقدم، لو نجح الأجنبي في تعرضه واسترد الدار من تحت يد المشتري، رجع المشتري بضمان الاستحقاق على كل من البائعين بقدر نصيبه في الدار، ومن ثم ينقسم التعويض بينهما (٢).

٣٤٤ - (ج) الدائن في الالتزام لفصانه التعرض الصادر

من الغير: الدائن هنا هو أيضاً المشتري، كالدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع، فهو الذي يقع عليه التعرض في الحالتين. وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام، فلو أن شخصاً اشترى داراً وزكها لوارث، وتعرض أجنبي للوارث في الدار، كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع.

وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة، فلو أن شخصاً باع داراً، وباع المشتري الدار لمشتري ثان، فإن البائع يكون مازماً بضمان التعرض الصادر من الغير لأن المشتري الأول فحسب، بل أيضاً نحو المشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة. فإذا استرد الغير الدار من يد المشتري الثاني بعد أن أثبت ملكيته لها، فإن المشتري الثاني يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول وهو البائع له، بموجب عقد

(١) استئناف مخطط ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٠ - وينقسم التعويض على البائعين المتعديين ما لم يوجد شرط بتضامنهم (استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ١٢ ص ٢٢٠).

(٢) لوران ٢٤، فقرة ٢١٣ - جيبوار ١، فقرة ٤١٠ - بودري وسيبيا فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ (وقارن ص ١٢٩ هامش رقم ١) - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٣.

ولكن لو مات البائع الملتزم بضمان الاستحقاق وترك ورقة متعددين، فإن التركة تكون مسئولة عن ضمان الاستحقاق، ولا ينقسم على الورقة (الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ١١١٤ - الأستاذان أحمد نجيب اللال وعامد زكي فقرة ٣٤٧ - وقارن الأستاذ أنور - لطان فقرة ١٢٧).

البيع الصادر له من هذا المشتري الأول (١) . ويستطيع كذلك أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) باستعمال دعوى المشتري الأول على البائع ، ولكنه في هذه الدعوى غير المباشرة يتحمل مزاحمة دائي المشتري الأول (٣) . ويستطيع أخيراً أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع بدعوى مباشرة ، وهي نفس دعوى المشتري الأول على البائع وقد انتقلت إليه من المشتري الأول كما قدمنا (٤) . وهذه الدعوى المباشرة لها مرتبتان : (١) لا يتحمل فيها المشتري الثاني مزاحمة دائي المشتري الأول ، وهو يتحمل هذه المزاحمة في الدعوى غير المباشرة كما قدمنا . (٢) قد لا يكون للمشتري الثاني دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول ، كان

(١) يرجع المشتري الثاني على المشتري الأول ، كان المشتري الأول أن يرجع على البائع مما أداه هو للمشتري الثاني ، وقد زعم على الضمان عدم كراهية الرجوع به على البائع لو أن العين استحققت في يده ولم يبيعها لمشتري ثالث . فلو أن البائع باع العين للمشتري الأول بألف ، وبعثها للمشتري الأول للمشتري الثاني بألف ومائتين ، ثم استحققت العين في يد المشتري الثاني فرجع على المشتري الأول بألف وخمسة مائة قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، فإن المشتري الأول يرجع على البائع ، لا بالألف التي دفعها له ثمناً ، ولا بالألف والمائتين وهو الثمن الذي تقاضاه من المشتري الثاني ، بل يرجع بألف وخمسة مائة وهو المبلغ الذي أداه للمشتري الثاني نتيجة لغبن الاستحقاق ر. بلانير وريبير وهامل ١٠ فترة ١٢٠ ص ١٣٠) .

(٢) استئناف مخطوط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٣) ويطلب بما يستحقه المشتري الأول في ذمة البائع ، لا بما يستحقه هو في ذمة المشتري الأول ، لأنه يستعمل دعوى المشتري الأول لا دعواه هو . وتتعاقد الدعويان في أحد العناصر الرئيسية ، ففي كل منهما يكون الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق مع تعويضات أخرى سيأتي بيانها ، وقيمة المبيع وقت الاستحقاق واحدة في كل من الدعويين .

(٤) استئناف وطني ٥ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٧٧ ص ٢٥٧ - استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٥١ ص ١١١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١/٨٧ ص ١٤٦ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١١٤ ص ٢١٨ - استئناف مخطوط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٨٧ - ٩ مارس ١٩٢٧ م ١٩ ص ١٢٦ .

وفي القانون الفرنسي يرجع المشتري على البائع في ضمان الاستحقاق بالثمن الذي دفعه ، لا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق كما هو الأمر في القانون المصري . فإذا فرضنا ، في القانون الفرنسي ، أن الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٠٠٠ والتمن الذي دفعه المشتري الأول ١٢٠٠ ، واستحققت سبعين في يد المشتري الثاني ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٠٠٠ ، =

يكون المشتري الأول قد اشترط عدم الضمان (١) ، فلا يستطيع المشتري الثاني في هذه الحالة أن يرجع بدعوى ضمان على المشتري الأول بسبب شرط عدم الضمان ، بل هو لا يستطيع أن يرجع بالدعوى غير المباشرة على البائع باعتباره دائماً للمشتري الأول يستعمل دعوى مدنية لأنه غير دائن بالضمان للمشتري الأول كما قدمنا ، فلا يبنى أمامه إلا الدعوى المباشرة برفعها على البائع (٢) ، وهي نفس دعوى الضمان التي للمشتري الأول على البائع انتقلت من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالرغم من أن المشتري الأول قد اشترط على المشتري الثاني عدم الضمان في عقد البيع الذي تم بينهما .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على الوجه الآتي : إذا باع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم استحققت العين في يد المشتري ، فإن دائن المشتري يستطيع أن يرفع باسم المشتري دعوى هذا الأخير على البائع بالضمان ، ويستوفى حقه من التعويض الذي يلزم به البائع للمشتري ، ولكن يزاحمه في هذه الحالة سائر دائني المشتري ونمّا لتقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

== ومن ثم كان المشتري الأول يرجع على البائع هذه الألف فقط ، ففي الدعوى المباشرة إذن يرجع المشتري الثاني على البائع بمبلغ ١٠٠٠ فقط . ولو كان الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٢٠٠ ، والثمن الذي دفعه المشتري الأول ١٠٠٠ ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٢٠٠ ، ويرجع هذا المبلغ المشتري الأول على البائع على سبيل التعويض ، فيرجع المشتري الثاني مباشرة على البائع بمبلغ ١٢٠٠ . ويخلص من ذلك أن المشتري الثاني يرجع على البائع دائماً بالثمن الذي دفعه هو لمشتري الأول (بودرى وسينيا فقرة ٣٧١) .

(١) أو يكون هناك واجب بدلا من المشتري الأول ، فيبيع شخص عيناً لآخر وجهها الآخر لثالث . والواجب لا يضمن في الأصل استحقاق العين الموهوبة ، فإذا استحققت العين في يد الموهوب له لم يكن لهذا أن يرجع بضمان الاستحقاق على الواهب ، ولكنه يستطيع أن يرجع هذا الضمان على البائع الواهب ، وذلك لأن دعوى المشتري بضمان الاستحقاق على البائع تكون قد انتقلت إلى الموهوب له بموجب عقد الهبة (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ - بودرى وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥١٢ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٧) .

(١) استئناف مخطوط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣

م ٢٤ ص ٤٢٤ .

(م ٢٢ - المتوسط ٤٠)

١٤٥ - (د) البيع الذي ينشئ الضمان - وكل بيع ينشئ ضمان
البائع للتعرض الصادر من الغير ، كما أن كل بيع ينشئ ضمان البائع للتعرض
الصادر منه هو فيما قدمناه . ويستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل (١) ،
ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً .
وقد قدمنا بيان ذلك عند الكلام في التعرض الصادر من البائع (٢) ، وما قلناه
هناك ينطبق هنا (٣) .

وبين من ذلك أن ضمان البائع لتعرض الغير واجب في بيع المزاد ، ولو
كان البيع قضائياً أو إدارياً (٤) ، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية (م ٤٥٤
مدني) . فإذا باع الدائنون مال مديهم في المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام
بضمان التعرض الصادر من الغير ، وهذا الالتزام يتعلق بضمان البائع الذي يبيع
المال عليه ، لا بضمان الدائنين الذين طلبوا بيع المال (٥) . فلو فرض أن الدائنين
باعوا عيناً غير مملوكة لمديهم باعتبار أنها مملوكة له ، ونزع المالك الحقيقي العين
من المشتري الذي رصا عليه المزاد ، فإن المشتري يرجع بضمان الاستحقاق على
الدائن لا على الدائنين (٦) . ولكن يغلب أن يكون المدعي معسراً في مثل هذه
الظروف ، فيستطيع المشتري أن يرجع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم
من الثمن الذي دفعه في المزاد في حالتين : (أولاً) إذا أثبت الدائنين كانوا

(١) الأستاذ أدر سلطان فقرة ٢٢٢ - الأستاذ محمد طه امام فقرة ٢٢٢

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) ويلتزم البائع نحو الشفيع بضمان التعرض والاستحقاق كما كان يلتزم بذلك نحو المشتري
قبل الأخذ بالشفعة ، وكذلك يجوز أن يرجع بضمان التعرض - - نقار - - رد الحصة الشائعة
في منقول إذا باعها أحد الشركاء لأجنبي تطبيقاً لأحكام المادة ٨٢٣ مدني (أنظر آنفاً
فقرة ٢٣٤ في الهامش) .

(٤) أو كان البيع بيع تصفية (licitation) لإيهام الشفيع ، فيلزم بضمان التعرض
والاستحقاق للمالك في الشفيع الذين باعوا العين الشائعة في المزاد (بودري وسبينا فقرة ٢٥٥
مكررة ثانياً) .

(٥) استئناف غنط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ٤٣٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٩
م ٤١ ص ٣٢٤ .

(٦) بودري وسبينا فقرة ٢٥٥ .

يعلمون أن العين التي باعوها في المزاد غير مملوكة لديهم (١) أو كان ينبغي أن يعلموا ذلك ، جاز له أن يرجع عليهم بالمسئولة التفسيرية الناشئة عن غشهم أو عن نقصهم (٢) . (ثانياً) وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت ذلك ، فإنه يستطيع على كل حال أن يعتبر البيع الصادر له في المزاد بيعاً لما لك الغير ، فيطلب إبطاله واسترداد الثمن ، ومن ثم يجوز له الرجوع على الدائنين الذين استعادوا بهذا الثمن في استيفاء حقوقهم بدعوى الإثراء بلا سبب (٣) .

٢٥ - ما يترتب على قيام ضمان التمرض الصادر من الغير

٣٤٦ - التنفيذ العيني والتفسير بطريق التحويل: متى قام ضمان

البائع للتمرض الصادر من الغير بتوافر الشروط التي تقدم ذكرها ، فإن البائع ، وقد تحقق التزامه بضمان التمرض ، يجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعياً بحق على المبيع . يكتف عن تعرضه وينزل عن ادعائه بهذا الحق . فإذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير بإثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التحويل ، فيعوض المشتري مما أصابه من الضرر باستحقاق

(١) لا سيما إذا كان المدين قد نهبهم إلى ذلك .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٩ - بودوي وسينيا فقرة ٢٥٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٣١ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٢ - الأستاذ محمد كامل مرمي فقرة ١٦٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الثاني فقرة ١٤٣ - الأستاذ جميل الشراوي ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٢٠٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٣ - الأستاذان أحمد نجيب كميل وحامد زكي فقرة ٢٦٣ - ٢٦٥ - وقارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ - وأنظر جواز الرجوع بدعوى استرداد غير المستحق أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٧٠ - بودوي وسينيا فقرة ٣٥٧ ص ٣٤٩ - ص ٣٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجي فقرة ١٥١١ - جوسران ٢ فقرة ١١١٤ - جريل كولان وكانيان ٢ إلى جيل والدائنين ص ١١٠ - كولان باثورة من الثمان وإن كان يقرر أن التفرقة بين كولان وكانيان ٢ فقرة ١١١٤ .

المبيع في بده طيبة القواعد التي قررها القانون، وهذا هو ضمان الاستحقاق (١)
تتكلم إذا في مسألتين . (١) التنفيذ العيني أو ضمان التعرض بتبريد
التدخل . (ب) التنفيذ بطريق التعويض أو ضمان الاستحقاق

١ - التنفيذ العيني

(ضمان التعرض بطريق التدخل)

٣٤٧ - النص صريح القانوني : تنص المادة ٤٤٠ من التقنين المدني
على ما يأتي

١ - إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطرها البائع ،
كان على السائق . بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات ، أن تدخل
في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحمل فيها محله ،

٢ - فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى ،
وجب عليه الضمان . إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نسخة
تدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه ،

٣ - وإذا لم يحضر المشتري انساق بالدعوى في الوقت الملائم وحده .
حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن
تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق ،

وتنص المادة ٤٤١ على ما يأتي :

« يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأختار بحقه
أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي .
منى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعياء أن يحمل محله فيها

(١) فليس البائع ملتزماً بالتزامين ، التزام بضمان التعرض وآخر بضمان الاستحقاق .
بل هو التام واحد وهو ضمان التعرض ، إما أن يتفقده مباشرة أو يتفقده بطريق التعرض
(المادة ٤٤٠ من القانون المدني من ١٩٨٠ ماض رقم ١) .

فلم يفلح . كل ذلك ما لم يثبت ببيع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في اثنين المدنى السابق ، ولكنها تطبيق للقواعد العامة ، فكان من الممكن العمل بهذه الأحكام في عهد التقنين المدنى السابق دون حاجة إلى نص (٢) .

ونذكر في التفتيات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدنى السورى المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي التقنين المدنى الليبي لمادتين ٤٢٨ - ٤٢٩ - وفي التقنين المدنى العراقى المواد ٥٥٠ - ٥٥١ و ٥٥٣ -

(١) تاريخ السور

م ٤٤٠ : وردت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص في المادة ٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق ما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا خلافاً لغوية . ووردت الفقرة الثالثة في المادة ٨٦ من المشروع التمهيدى من وجه مائل أيضاً ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يحمل فيه الإثبات في البراءة الأخيرة من النص على المشتري لاهل البائع . وفي لجنة المراجعة أضيفت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٤٥٣ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ - ب - المادة الثالثة ، واستفيض فيها من عبارة - إلا إذا أثبت البائع ما كان يستطيع دفع دعوى الاستحقاق ولو تدخل في هذه الدعوى ببراءة - إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كما يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق . وقد رأيت اللجنة أن تظل نص الإثبات إلى البائع ، لأنه أصبح ، بعد صدور الحكم ، ملغياً ببراءة ذاته من البراءة بالقبول . وأصبح رقم المادة ٤٤٠ . وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٦ - ص ٨٨) .

م ٤٤١ : ورد هذا النص في المادة ٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يثبت حق الأجنبي في الضمان - أو اعتراف وهو حسن نية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق - أن أن يشترط في ذلك صدور حكم قضائى ، ما دام قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحمل عبءها فلم يفعل . وإذا رجع البائع على الأجنبي ، كان عليه أن يثبت أن هذا الأجنبي لم يكن على حق في دعواه . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث يجعل دفع نهائى بأن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه هو دفع في دعوى الضمان ذاتها ، وبعد المشتري نصاً للأجنبي نفسه . فأصبح نص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٤٥٤ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤١ ب (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٨ - ص ٩٠) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ .

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٩ و ٤٤١ (١).

ونفرض هذه النصوص أن الغير قد تعرض للمشتري لعملاً ، وكان تعرضه

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٨ - ٤٠٩ (مطابقتان لمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التقنين المدني السوري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطلح الزرقا فقرة ١٥٥ - فقرة ١٦٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ - ٤٢٩ (مطابقتان لمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٠ : ١ - إذا استحق المبيع لغير وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع ، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد . ٢ - أما إذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري ، كما لو أثبت المستحق أنها ملكه بتاريخ متأخر من الشراء ، فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع .

م ٥٥١ : ١ - لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بتكوله . ٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت إلا بإقراره أو بتكوله ، إذا كان حسن النية وكان قد أعلن البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاء لدخول معه في الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق .

م ٥٥٢ : إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق ، كان هذا حكماً على جميع الباعة ، ولكل أن يرجع على بائنه بالضم ، لكن لا يرجع قبل أن يرجع المشتري منه . (وهذه النصوص تأثرت بنصوص التقنين المدني المصري . ولكنها في مجموعها مأخوذة من لفقه الإسلامي ، أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن النور فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠٣ - الأستاذ عباس حسن السراف فقرة ٤٥٧ - فقرة ٤٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٩ : إنه وإن لم يشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان ، فالبايع ملزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه ، ومن الأعباء الملقى بها على المبيع التي يصرح بها البائع عند البيع

م ٤٤١ : إذا دعى المشتري إلى المحاكمة بناء على طلب شخص ثالث يدعى حقوقاً على المبيع ، وجب عليه أن يدعي بائنه إلى المحاكمة . فإن لم يفعل ، وصدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة ، فقد حقه في الضمان ، إلا إذا أثبت أن البائع وإن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته استصدار حكم بردها .

(ويختلف التقنين اللبناني من المصري ، في الحالة الواردة في المادة ٤٤١ لبناني ، في أن عبء الإثبات في التقنين اللبناني يقع على المشتري ، ويقع على البائع في التقنين المصري . ولم يعرض التقنين اللبناني للحالات الأخرى التي تعرض لها التقنين المصري ، ولكن الأحكام التي أوردتها التقنين المصري في هذه الحالات الأخرى ليست إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيمكن القول بأنها تنسب إلى لبنان دون حاجة إلى نص) .

في صوره دسره . استحقاق برفعها عليه كما هو الثالث . ودعوى الزم استحقاق
هله يجب أن تفهم بمعنى واسع ، فقد تكون دعوى استحقاق يدعى فيها الغير
بأنه يملك البيع كذا أو بعضه ، وقد تكون دعوى أخرى يدعى فيها الغير حقاً
على المبيع كحق رهن أو حق استحقاق أو حق إيجار أو غير ذلك
من الحقوق التي أشرنا إليها فيما تقدم . أو يكررها حقاً للمبيع كحق استحقاق .
فعند ذلك يتحقق هـرم البائع بضمان تعريض الغير (١) . وبدأ بتنفيذ التزامه
تنفيذاً عيياً ، وذلك بأن يدخل في دعوى لاستحقاق إلى جانب المشتري أو
ليحل محله في هذه الدعوى ، وارتفاع الدعوى بغير جميع الوسائل المدفوعة التي
يملكها حتى يستفسر حكماً برفض دعواه ، وعند ذلك يكون قد نفذ التزامه
بضمان تعريض الغير تنفيذاً عيياً . فإن لم يتدخل ، أو تدخل ولم ينجح في استصدار
حكم برفض الدعوى ، وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق التعريض على وجه
معين كما سبق القول . وتعتبر المقتضى السابقة المذكورة بين فروع : فإنما
يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق ، وإما ألا يتدخل ، فإن لم يتدخل ،
التمييز أيضاً بين فروعين : وهما أن يكون المشتري قد دعاه للتدخل في الوقت
الملائم ، وإما ألا يكون قد فعل . فهذه الأقسام ثلاث حالات : (١) حالة تدخل

(١) وقد يتدخل في الالتزام دون دعوى الاستحقاق ، فبإحدى طرقه يتحقق برفع المشتري
ورأى هذا أن حق الغير واسع فسلم له . ويجب أن التسليم به أن يصر ببيع كذا حصة الغير
المتعرض على الوجه الذي عليه فمأيد . وقد تكون الدعوى مرفوعة عن المشتري عن الغير
إذا كان هذا هو الحائز للمبيع ، بطلب المشتري من بيع الغير الدعوى محتجاً بحق يدينه على
المبيع ، فعند ذلك يتدخل المشتري البائع يتدخل في الدعوى (بـ) لا يتدخل (بـ) قبل ١٠
مرة ١٠٥ من ١١٤ - كركلان وكبير ٣ مرة ٤٠٥) .

أما في حالة الغير فترفع دعوى الاستحقاق على المشتري . هذه دون إحداث الضرر ، وصول
الحكم لصالحه . يمكن هذا الحكم حجة على المشتري . بسبب لهذا كما ذكرنا . يرجع بضمان
الاستحقاق على البائع . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع إذا كانت كل حقوقه في امتياز المبيع
تنتقل بالبائع إلى المشتري ، فلا وجه لاعتباره ندلاً للمشتري في أي نزاع مع الغير بشأن المصارف
المبيع ، ولذلك فإن المشتري يرجع بشأن المبيع يجب أن ترجعه إلى المشتري . وإذا هرب البائع
وحده ، فلا يكون الحكم الصادر منه حجة على المشتري ولا كان حالاً بالخصومة ، لأن المشتري
لا يوجب عليه التدخل فيها (نقض على ٢٢ يناير سنة ١٩١١ بحدة عمر ٣ رقم ٨٧
ص ٢٩٤) .

البائع في دعوى الاستحقاق . (٢) حالة عدم تدخله في دعوى الاستحقاق مع دعوة المشتري إياه أن يتدخل . (٣) حالة عدم تدخله والمشتري لم يدعه للتدخل .

٣٤٨ - تدخل البائع في دعوى الاستحقاق : إذا رفع الغير على

المشتري دعوى استحقاق على النحو الذي أسلفنا بيانه ، وجب على المشتري إخطار البائع في الوقت الملائم ودعوته ليتدخل في الدعوى ، حتى ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً^{٢٠} بأن يحمل الغير بكف عن ادعائه أو بأن يحصل على حكم قضائي برفض دعواه . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح شفويًا ولكن عبء الإثبات يقع على المشتري (١) . والواجب على المشتري هو إخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده ، وليس يجب عليه إدخاله في الدعوى .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري يتدخل البائع ضامناً في الدعوى ولا يكفي بمجرد إخطاره ، بل إن هذا هو الأفضل ، ففيه قصد في الوقت والإجراءات ، وبه يكنى المشتري نفسه مؤونة دفع دعوى الغير وقد لا يعرف عنها شيئاً ، ثم هو يأمن بعد ذلك عاقبة أن يتهمه البائع فيما بعد أنه دلس في الدفاع أو أنه ارتكب خطأ جسيماً فيه . وقد رسم تقنين المرافعات الإجراءات اللازمة لإدخال ضامن في الدعوى ، فنصت المادة ١٤٣ من هذا التقنين على أن « الخصم أن يتدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ، ويتبع في اختصاص الغير الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور » . ونصت المادة ١٤٦ من نفس التقنين على أنه « يجب على المحكمة في المواد المدنية لإجابة الخصم إلى تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها » ، إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازياً للمحكمة . وبرامى في تقدير الأجل المواعيد اللازمة لتكليف الضامن الحضور وفق الأوضاع العادية . فإذا كلف

١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٤٤ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٤٦ -
الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٤ .

المشتري البائع ، في خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الغير .
بالحضور ولم يتمكن أن يحدد له إلا جلسة متأخرة عن الجلسة المحددة لنظر
دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير ، أو كان تاريخ الجلسة المحددة لنظر
دعوى الاستحقاق سابقاً على انقضاء هذه الثمانية الأيام ، وكانت الدعوى مدنية
لأن الدعوى التجارية قد لا تختمل التأخير ، وجب على المحكمة أن تجيب المشتري
إلى تأجيل نظر دعوى الاستحقاق إلى الجلسة المحددة لحضور البائع ضامناً .
فاذا لم يكن المشتري قد تمكن من تكليف البائع بالحضور لعدم انقضاء الثمانية
الأيام قبل تاريخ جلسة دعوى الاستحقاق ، راعت المحكمة في تقدير المدة التي
تؤجل فيها دعوى الاستحقاق المواعيد اللازمة لتكليف البائع بالحضور وفق
الأوضاع العادية ، وتحسب في ذلك مواعيد المسافة . أما إذا كان المشتري هو
الذي رفع الدعوى على الغير بطلبه فيها برد المبيع ، أو رفع الدعوى على جاره
بطلبه فيها بتقريره حق ارتفاق للمبيع داخلاً في المبيع (١) ، فإن ميعاد
الثمانية الأيام يسرى من وقت قيام السبب الموجب للضمان ، أى من وقت
أن ينكر المدعى عليه دعوى المشتري . وفي غير ذلك من الأحوال يكون التأجيل
لإدخال البائع ضامناً في الدعوى جوازياً للمحكمة . على أنه إذا كان تحقيق دعوى
الاستحقاق المرفوعة عن الغير على المشتري ، أو تحقيق دعوى المشتري المرفوعة
على الغير ، يستلزم زمناً غير قصير كما هو الغالب ، لم يعد هناك داع بدفع
المشتري إلى طلب التأجيل ، وكان له أن يدخل البائع ضامناً في أية جلسة
من الجلسات التي تؤجل لها الدعوى الأصلية بتحديد تاريخ هذه الجلسة لحضور
البائع (٢) .

فاذا لم يدخل البائع المشتري ضامناً في الدعوى واكتفى بإخطاره بها في الوقت
الملائم ، وجب على البائع أن يتدخل ، ويكون التدخل بصحيفة تعلن لخصوم
قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت
في محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) .

(١) بلانيول وريدير وهامل ١٠ فقرة ١٠٥ ص ١١٤ — الأستاذ أحمد أبو الوفا في
المرافعات المدنية والتجارية ص ١٧٦ هامش رقم ١ .
(٢) الأستاذ عبد المنعم الشرقاوى في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ٢٥٩ ص ٢٩٣ .

وحتى إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ، وعلم بها البائع من طريق آخر ، فانه يجدر به أن يتدخل فى الدعوى من تلقاء نفسه حتى يتولى دفعها ، إذ هو أقدر من المشتري على ذلك . وقد أجاز له تقنين المرافعات سلوك هذا الطريق إذ نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضماً لأحد الخصوم . . . » ويجوز كذلك أن يكون الغير المتعرض للمشتري هو الذى يدخل البائع ضامناً فى الدعوى ، ويتبع فى ذلك الإجراءات التى سبق ذكرها فى إدخال المشتري البائع ضامناً فى الدعوى (١) .

وبلاحظ أنه إذا كانت دعوى الاستحقاق الأصلية مرفوعة أمام محكمة ابتدائية ، كانت هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان مهما كانت قيمتها . أما إذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام محكمة جزئية ، فإن هذه المحكمة لا تختص بطلب الضمان إذا كانت قيمته تجاوز نصاب اختصاصها ، فنقتصر على الفصل فى الدعوى الأصلية وحدها . ولكن إذا ترتب على ذلك ضرر بسير العدالة ، وجب على المحكمة الجزئية أن تقضى من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب الضمان ، وحكم الإحالة يكون غير قابل للاستئناف (م ٥٠ مرافعات) (٢) .

(١) كذلك أجازت المادة ١٤٤ مرافعات للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال « من قد ينسار من قيام الدعوى أو من الحكم فيها ، إذا بدت للمحكمة دلائل جديده على التواطؤ أو النش أو التفسير من جانب الخصوم . » وتعين المحكمة ميعاداً لحضور من تأمر بإدخاله ، ومن يقوم من الخصوم بإعلانه . » ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يدخل المشتري أو الغير البائع ضامناً فى الدعوى ولم يتدخل البائع فى الدعوى من تلقاء نفسه ، وبدت للمحكمة دلائل جديده على التواطؤ أو النش أو التفسير من جانب المشتري والغير المتعرض ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع ضامناً ، وتعين أى الخصمين يقوم بإعلانه . فإذا لم يعلن هذا الخصم البائع فى الميعاد الذى حدده ، نسبت عليه المحكة بالغرامة أو بوقف الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن : م ١٠٩ وم ١١٤ مرافعات (الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٨) .

(٢) ونرى من ذلك أن قواعد الاختصاص المثل بالنسبة إلى دعوى الضمان الفرعية غير واجبة عادة . فقد تكون محكمة دعوى الاستحقاق الأصلية التى تنظر دعوى الضمان الفرعية هى غير محكمة نزع (الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧١ من ١٧٥) . ومع ذلك يجوز للبائع أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تتم إلا بقصد =

فإذا تدخل البائع ضامناً في دعوى الاستحقاق أو أدخل فيها من جهة المشتري أو الغير المتعرض على النحو الذي بسطناه ، جاز للمشتري أن يبنو في الدعوى فينضم إليه البائع ، كما يجوز له أن يخرج من فحل البائع محله فيها (م ٤٤٠ مدني وم ١٤٨ مرافعات) . وفي الحالتين يتولى البائع دفع ادعاء المتعرض ، حتى يحمله على الكف عن تعرضه والنزول عن ادعائه ، أو يحصل على حكم قضائي برفض هذا الادعاء (١) . وبذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير تنفيذاً عينياً ، كما سبق القول .

أما إذا فشل البائع في ذلك ، فإن التزامه بضمان تعرض الغير يتحول إلى تعويض إذ يصبح ضامناً لاستحقاق المبيع ، وتنضى المحكمة باستحقاق الغير للمبيع وتقضي في الوقت ذاته بتعويض على البائع للمشتري بقدر وفقاً لنقواعد التي سبقت ذكرها في ضمان الاستحقاق . ويقضي في طلب الضمان والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة في طلب الضمان بعد الحكم في الدعوى الأصلية (م ١٤٧ مرافعات) . وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية ، كان الحكم الصادر على البائع حجة للغير المتعرض ولولم يكن هذا قد وجه طلبات إلى البائع (م ١٤٨ مرافعات) . وإذا خرج المشتري من الدعوى على النحو الذي أسلفناه ، وحكم لمصلحة الغير المتعرض ، لم يتحمل المشتري مصروفات الدعوى ويتحملها البائع وحده .

= جلبيه أمام محكمة غير مختصة (م ٦٧ مرافعات) ، كما إذا تعمد الغير المتعرض أن يرفع دعواه على المشتري في محكته حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة وكان الأيسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع في محكته مع إدخال المشتري خصماً في الدعوى

(٢) ومتى نفذ التزامه على هذا النحو ، فإنه لا يكون مسئولاً نحو المشتري عن مصروفات دعوى الضمان التي رفعها هذا عليه بإدخاله في الدعوى ، وتعتبر هذه المصروفات قد تسببت عن تعرض ساذي من قبل الغير ، ما لم يكن هناك سبب جدي اقتضى رفع دعوى الاستحقاق على المشتري ، كأن كان البائع مهدداً بهذه الدعوى قبل البيع لوجود نزاع جدي في المبيع ، فيرجع المشتري على البائع في هذه الحالة بمصروفات دعوى الضمان (بلانيول وريبير وعامل ١٠ - فقرة ١٠٨ ص ١١٨ - بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ - فقرة ٢٥٢٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٩٧ - الأستاذ عبد المصطفى البدرأوى فقرة ٣٠٨ - الأستاذان أحمد نجيب الدلال وحامد زكي ص ٣٤٩ هامش ١)
أما مصروفات دعوى الاستحقاق ، فيحكم بها على مدعي الاستحقاق بعد أن تنصر دعواه .

ولكن خروج المشتري من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لحجة الغير المتعرض حجة عليه ، كما أنه يظل خصماً في دعوى الضمان فيبقى له بالتعرض على البائع (١) .

٩٤٣- عزم ترميل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من انقطاع

المشتري اباء : وقد فرضنا فيما قدمناه أن البيع قد دخل أو أدخل خصماً في دعوى الاستحقاق الأصلية . ووجهه قد لا يتدخل ، ولا يدخله أحد الخصوم ولا تدخله المحكمة ، فيبقى خارجاً عن الخصومة في دعوى الاستحقاق الأصلية ، ويكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم ودعاه إلى التدخل فلم يفعل . فهنا نعلم الحال من أمور ثلاثة : (١) إما أن يتولى المشتري وحده دفع دعوى المتعرض ، فينجح في دفعها ويقضى برفض طلبات المتعرض . (٢) وإما أن يقر المشتري للمتعرض بالحق الذي يـ عليه أو يتصالح معه على هذا الحق . (٣) وإما ألا يقر ولا يتصالح ، ولكنه يفشل في دفع دعوى المتعرض ، فيبقى للمتعرض بطلبه ويستحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً .

فاذا نجح المشتري وحده في دفع دعوى المتعرض وحصل على حكم نهائي برفض طلباته ، قد انتهى التعرض ، وانتهى معه التزام البائع بضمائه . ولا يبقى لأمر يرجع المشتري على البائع بما عسى أن يكون قد نجش من نفقات وأضرار في دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه .

وإذا أقر المشتري للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه ، فأدى له مالا يكف عن تعرضه ، فمضى أنه يجوز للبائع ، بأداء ذي بدء ، أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدني) . فإذا لم يختار البائع هذا الطريق ، وأصر على أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاء ، وجب افتراض أن المشتري قد أقر بحسن نية للمتعرض بحقه أو تصالح معه وهو حسن النية ، فانه قد دعا البائع إلى التدخل

في دعوى الاستحقاق في الوقت الملائم فلم يفعل (١) ، فاتخذ من هذا الامتناع قرينة على أن المتعرض حق في تعرضه . وو هذه الحالة يرجع المشتري على البائع بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق على النحو الذي منبته . ولكن البائع يستطيع أن يدفع رجوع المشتري عليه بهذه التعويضات بأن يثبت بأدلة حاسمة (٢) أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة (م ٤٤١ ملئى) . ويستطيع البائع أيضاً أن يثبت أن المشتري لم يكن حسن النية في إقراره أو مصالحته ، وعند ذلك لا يقتصر على دفع رجوعه عليه بالتعويضات ، بل يرجع هو عليه بالتعويض إذا كان هناك مقتض (٣) .

وإذا لم يقر المشتري للمتعرض بما يدعيه ولم يتصالح معه ، ولكنه فشل في دفع دعواه وقضى للمتعرض بما ادعاه بموجب حكم نهائي ، فقد بذل المشتري

(١) والنص صريح في هذه الحالة الخاصة إذا أصبحت عبارة دعواه أن يعمل معه فيها ، ،
فالمشتري إذا رأى وجوب الإقرار ، لا يصح أن يكتفى بمجرد إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ،
بل يجب دعوته إلى التدخل فيها (الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ١٦٧ هامش -) قارن
الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٠٩ ص ١٧٠) .

(٢) فلا يمكن أن يثبت أن المشتري لم يحسن البيع ، أو أنه أغفل الدفع .
الدعوى ، أو أنه لم يظهر المبيع من الرهن (أنسيكلوبيدي دالورز ه لفظ vente فقرة ١٢١٥
وفقرة ١٣١٧) . وليس المقصود من إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه أن يثبت
أنه كانت هناك دفوع لم يقدمها المشتري وكانت تكن لرفض دعوى الاستحقاق (أنسيكلوبيدي
دالورز ه لفظ vente فقرة ١٣١٨) ، حتى لو كانت هذه الدفوع خاصة بالمشتري كاستكراه
مدة التقادم (أنسيكلوبيدي دالورز ه لفظ vente فقرة ١٤٢٥) . وقد قضت محكمة
الاستئناف المختلطة بأنه إذا ملك المشتري المبيع بالتقادم ، لم يعد هناك محل للرجوع على البائع
بضمان الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧٠ - ٢٧ مايو
سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٩٠ - ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٤٢٣) ، وقضت أيضاً
بالأجل لضمان إذا قصر المشتري في التمسك بتملك المبيع بالتقادم القصير (استئناف مختلط
٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٢) ، أنظر مايل فقرة ٣٩٧ في الماش . ومع ذلك
فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم آخر بأنه لا يجوز للبائع أن ينسحب على المشتري أنه
لم يعمل بتملك المبيع بالتقادم (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢١) . فقد تأييده
المشتري أن يتسكك بالتقادم بعد تمامه .

(٣) قارن الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣١٠ ص ٤٧٤ - الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ١٦٧ .

كل مانى وسعه : أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ، ولم يسلم بحق للمتعرض .
 ١- دفع دعواه بما يملك من وسائل . فيكون من حقه بعد كل ذلك ، وقد استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بحكم نهائى ، أن يرجع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق . ولا يكتفى فى دفع رجوع المشتري على البائع بهذه التعويضات أن يثبت البائع أن المعترض لم يكن على حق فيما ادعاه ، كما كان ذلك يكتفى فى حالة براء المشتري بحق المعترض أو تصالحه معه . فقد أمكن فى هذه الحالة الأخيرة أن ينسب إلى المشتري تقصير هو تسرعه فى الإقرار أو التصالح ولو كان ذلك بحسن نية ، أما هنا فالمشتري لم يرتكب حتى هذا التقصير اليسير ، بل ظل إلى النهاية يدفع دعوى المعترض ، فإذا كان لم ينجح فليس من الممكن أن ينسب إليه أى تقصير فى ذلك . ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات إلا إذا أثبت أن الحكم النهائى الصادر فى دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو الخطأ جسيم منه (١) ، فلا يكتفى إذن لإثبات خطأ غير جسيم فى جانب المشتري (م ٤٤٠ / مدنى) (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « والفرق بين الحالتين ظاهر ، فى حالة ما ذكره - الحكم دون إقرار أو صلح - ، يصبح من المقول ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع فى المعاد اللامم ، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبي ولم يعد إلى الصلح معه . أما فى الحالة الأولى فإن المشتري قد تحمل مسئولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل - بأن أثبت البائع أن الأجنبي ليس على حق فى دعواه ، كان طبيعياً أن يسد حقه فى الباع » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٨٩ - ص ٩٠)

(٢) وإذا لم يثبت البائع فى الدعوى بالرغم من إخطاره ، ولم يدخله أحد من الخصوم ، كان الحكم باستحقاق المبيع حجة عليه بالنسبة إلى المشتري ، فيرجع هذا عليه بالضمان إلا إذا أثبت البائع تدليس المشتري أو خطأه الجسيم . ولكن الحكم باستحقاق المبيع لا يكون حجة على البائع بالنسبة إلى المستحق ، فإن هذا لم يدخل البائع فى الدعوى ليصدر الحكم فى مواجهته . ومن ثم إذا عجز البائع عن إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم فدفع له التعويضات التى يقررها القانون ، جاز للبائع أن يرجع على المستحق ليثبت أنه غير محق فى دعواه باستحقاق المبيع ، فيسترده منه ، ولا يجوز للمستحق أن يحتج بالحكم الصادر لمصلحته ضد المشتري . وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وإذا أحل البائع بالتزامه ولم يتدخل فى الدعوى ، فليشتري أن يدخله فيها ، ولكنه ليس فى حاجة إلى ذلك كمنه بالخطأ الذى سبقته الإشارة إليه . وإذا هو لم يرتكب تدليساً أو خطأ جسيماً =

٣٥٠ - عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق من قبل المشتري

المشتري اباه : ببيت الحالة الأخيرة ، وهي ألا يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق دون أن يكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم (١) . ففي هذه الحالة إذا نجح المشتري في رد دعوى التعرض ، انتهى التعرض وانتهى معه التزام البائع بضمانه كما في الحالة السابقة (٢) . أما إذا أقر المشتري بحق التعرض أو نصالح معه أو قضى للتعرض بطلبائه بموجب حكم نهائي ، وأراد المشتري الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق وجبت مراعاة أن المشتري قد قصر في عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ، ولو فعل فقد يجوز أن يكون البائع قادراً على التدخل وعلى رفع دعوى التعرض . من أجل ذلك لا يطلب من البائع لدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات ، أن يثبت تدليس المشتري أو خطؤه الجسيم كما في الحالة السابقة ، بل يكفي أن يثبت أن تدخله في الدعوى ، لو ممكنه المشتري من ذلك في الوقت الملائم ، كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٣/٤٤٠ مدني) (٣) .

== في الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبي ، وثبت استحقاق هذا ، فإن الحكم الذي يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشتري في دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو الذي يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه . وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق لا يكون حجة على البائع المستحق ، ما دام هذا لم يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق . مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ - ص ٨٦) .

(١) ولا يرى أنه يكفي في هذه الحالة أن يثبت المشتري أن البائع يعلم فعلاً بالتعرض ، ما دام لم يتم هو بإخطاره به في الوقت الملائم ، فقد يظن البائع أن المشتري مطمئن إلى مركزه ولا يحتاج إلى تدخل البائع ولذلك لم يخطره (قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥١ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٤٧) .

(١) وقد لا ينجح في دفع التعرض ويحكم باستحقاق المبيع ، ومع ذلك يستخلص من وقائع الدعوى أن المشتري أراد بعدم إخطاره البائع بتعرض المستحق أن ينزل عن حقه في الرجوع بالضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نفت المحكمة في حكمها دعوى نفيًا تاماً موضوعياً مفيداً أن المشتري تنازلوا فعلاً عن دعوى الضمان قبل البائع لهم ، لذلك تقدير موضوعي في شأن من الشؤون التي تملكها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير متزعماً من وقائع ثابتة والمقل يقبله (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٩ ص ٨٨١) .

(٢) مصر استئنافي ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٣١٦ - استئناف وطني ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٤٢ ص ١٣٢ - وكان المشرع التمهيدى يجعل عبء الإثبات على المشتري ==

(ب) التنفيذ بطريق التعويض

ضمان الاستحقاق

٣١٥ - متى يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق : يخلص مما قدمناه أن المشتري يرجع على البائع بضمان الاستحقاق في إحدى الأحوال الآتية : (١) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دفع دعوى المتعرض . (٢) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطيع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم . (٣) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى : وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه . (٤) إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، وحكم تعرض ، ولم ثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها . (٥) إذا سلم المشتري للمتعرض محته دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

فإذا وجب لمشتري على البائع ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال المقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (١) فاما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً كلياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً كاملاً طبقاً للقواعد التي سنبينها . (ب) وإما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً بقدر الضرر الذي أصابه على الوجه

== لا على البائع ، فيثبت المشتري «أن البائع ما كان يستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل في هذه الدعوى (م ٨٦ مشروع تمهيدي) . فعلى النص في لجنة مجلس الشيوخ ، ونقل عب. الإثبات إلى البائع لأنه أصبح بعد صدور الحكم مدعياً ببراءة ذمته من الالتزام بالضمان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٨ - وانظر آتياً فقرة ٣٤٧ في الماشر - وانظر عكس ذلك وأن القواعد العامة كانت تقضى بحمل عبء الإثبات على المشتري) (الأستاذ . شرح عب. الباقي ص ٢٣٢ هامش ١) .

الذى سذكروه . (ج) وإما أن يكون المشتري قد دفع للمعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على البائع ، إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق ، أن يرد للمشتري ما أداه له المعرض .
ونستعرض كلاً من هذه الفروض الثلاثة .

٣٥٢ - الإصحاق الكلى - النصري القانوني : تنص المادة ٤٤٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع » .
- ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .
- ٢ - قيمة الثمن التي ألزم المشتري بردها من مستحق المبيع ،
- ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع صبيهاً البية » .
- ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتفيه بها لو أحضر الدائن والدعوى طبقاً لمادة ٤٤١ .
- ٥ - وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من حسارة أو فساد من كسب بسبب استحقاق المبيع »
- « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري منبياً عن المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله (١) » .

(١) تأريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التفسير المدون الجديد فيما عدا أمرين : (١) في المشروع التمهيدى كان البند ٢ يذكر المصروفات الضرورية إلى جانب المصروفات النافعة . (٢) تنص المشروع التمهيدى على العبارة الأخيرة من النص وهي : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري منبياً عن المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » . وفي لجنة المراجعة حذفت كلمة « الضرورية » لأنه لا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق ، وأضيفت العبارة الأخيرة التي سبق ذكرها حتى يبين أن النص مقصور على تطبيق قواعد التنفيذ بطريق التعويض ولا يحل هذا بحق المشتري في أصل أو الإبطال . وأصبح النص رقم ٤٤٦ في المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب . = (٤٣ م - التوجيه ٤٤٦)

والمرتفع في النص المتقدم أن المبيع استحق استحقاقاً كلياً ، أى أن المبيع

= فجلس للشرح تحت رقم ١١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ - ص ٩٥
وم ٩٧ - ٩٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق النصوص الآتية :

م ٣٧٨/٣٠٤ : إذا كان الثمن واجباً ، ونزعت الملكية من المشتري ، فعلى البائع رد
الثمن مع التفضيحات .

م ٣٧٩/٣٠٥ : التفضيحات المذكورة عبارة عن رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف
وما صرفه المشتري على المبيع والرسوم المنصرفة منه في دعوى الاستحقاق ودعوى الثمن وجميع
الحسابات الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً التي حرم منها بسبب نزاع الملكية .

م ٣٨٠/٣٠٦ : إذا نزعت ملكية المبيع من المشتري ، وجب رد الثمن إليه بتمامه
ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان .

م ٣٨١/٣٠٧ : أما إذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه ، فتحسب تلك الزيادة من
ضمن التفضيحات .

م ٣٨٢/٣٠٨ : المصاريف الواجب على البائع دفعها في حالة عدم ملزومية مدعى الاستحقاق
بها هي المصاريف المترتبة عليها فائدة للمبيع .

م ٣٩٣/٣٠٩ : يلزم البائع المدلس بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفة من المشتري
في زمن البيع وزخرفته .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشرع التمهيدى فيما يتعلق بنصوص التقنين السابق :
« يخلط التقنين الحال (السابق) كما يخلط كثير من التفسيرات الأجنبية ، في هذه المسألة
بين الآثار التي تترتب على نزع البيع وتلك التي تترتب على التنفيذ بطريق التمويض ، من ذلك
أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٣٨٠/٣٠٦ من التقنين الحال (السابق) ترتبان أثر الفسخ ، وليس
المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتبان أثر التنفيذ ، وكان الأول عدم الخلط بين هذه الآثار
وتلك على أن يختار المشتري لنفسه الطريق الأصح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧) .

وهذا ما فعله التقنين المدني الجديد ، فقد ميز بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ ودعوى
الإبطال ، واختص ضمان الاستحقاق بقواعد خاصة به لتقدير التمويض المستحق . والمبرة
في تطبيق نصوص التقنين الجديد بتاريخ الواقعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فن هذا التاريخ
ينشأ الالتزام بضمان الاستحقاق ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مرت
نصوص التقنين السابق ، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هي التي تسرى .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري المادة ٤١١

(وهي مطابقة للمادة ٣٤٤ مصرى - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
ق ١٦٥ - فقرة ١٦٨) .

التقنين المدني الليبي المادة ٤٣٢ (وهي مطابقة للمادة ٤٤٣ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٤ . - إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم =

كان مملوكاً لغير البائع فانزعه المالك الحقيقي من يد المشتري ، ويرجع المشتري
لآن على البائع ضمان الاستحقاق . وظاهر أن المشتري يملك - غير دعوى
ضمان الاستحقاق - دعويين أخريين ، هما دعوى الإبطال باعتبار أن البيع
صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير ، ودعوى الفسخ على أساس أن المشتري

= وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري استرداد الثمن بثمنه نقصت قيمة المبيع أو زادت . وله
أن يتردد أيضاً قيمة الثمن التي ألزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع
مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، هذا ما كان يستطيع المشتري أن ينفق منها لو أحضر
البائع بالدعوى . ٢ - أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري أن يتردد
فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكالية التي أنفقها على المبيع ، وأن يطلب
تعويضاً عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

(والظاهر أن التقنين العراقي يحاط بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ثم هو يميز بين
البائع حسن النية والبائع سيئ النية الذي يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فيحمل التعويض
على الثاني أوسع مدى منه على الأول . والتقنين المصري يميز تمييزاً واضحاً بين دعوى الفسخ
وضمان الاستحقاق ، ولا يعرض للتمييز بين حسن نية البائع وسوء نيته إلا فيما يتعلق
بالمصروفات الكالية - أنظر في القانون المدون العراقي الأستاذ حسن الدينون فقرة ٢٠٩ -
فقرة ٢٠٩ وفقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٤٠ - والأستاذ حسن الدينون فقرة ٤٩٣) .

تقنين المبيعات والمقود البتاني م ٤٣٣ : إذا كان الدعوى بالضمان على وجه مجرد أو
لم يشترط شيء يتخمس بالضمان ، فالمشتري الذي نزع منه المبيع كله بحكم الاستحقاق يحق له أن
يطلب البائع : أولاً - برد الثمن . ثانياً - بقيمة الثمن إذا أجبر المشتري على ردّه إلى المالك
المستحق . ثالثاً - بالمصاريف التي صرفها المشتري في دعوى الضمان وبمصاريف المدعي الأصل .
رابعاً - ببطل العطل والضرر مع النظر بعين الاعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الاقتضاء وبمصاريف
العقد ورسومه القانونية - على أنه لا يحق للمشتري أن يطالبه ببطل العطل والضرر إذا كان ماناً
وقت البيع بخطر الاستحقاق .

م ٤٣٤ : إذا وجد المبيع وقت الاستحقاق مصاباً بنقص في قيمته أو بعيب كبير لإمكان
ارتكبه المشتري أو لمحدث نشأ عن قوة قاهرة ، فالبايع يتن ملزماً برد الثمن . أما إذا كان
المشتري قد جنى نفعاً من التيب الذي أحدثه في المبيع ، فللبائع أن يحسم من الثمن مبلغاً يبادل
قيمة ذلك النفع .

م ٤٣٥ : على البائع أن يرد بنفسه إلى المشتري أو يحمل المستحق على أن يرد إليه جميع
نفقات الترمم والتحسينات المفيدة التي أحدثها المشتري في المبيع .

م ٤٣٦ : يجب على بائع ملك الغير إذا كان سيئ النية أن يدفع إلى المشتري جميع عاصمته
هل المبيع للكاليات والمستحقات .

(وظاهر أن التقنين اللبناني ، على غرار التقنين الفرنسي ، لا يميز تمييزاً واضحاً بين ضمان
الاستحقاق من جهة ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال من جهة أخرى) .

يجوز البيع ثم يطلب فسخه لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية . وهاتان الدعويان - الإبطال والفسخ - لاشأن لنا بهما هنا ، فالأولى قد تقدم ذكرها في بيع ملك الغير ، والأخرى هي دعوى الفسخ المقررة في العقود الملزمة لجانبين . وقد أشارت العبارة الأخيرة من النص المتقدم إشارة صريحة إلى هذا المعنى إذ نقول : وكل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله .

والذي يعنينا هنا هو التعويض الواجب في دعوى ضمان الاستحقاق . وقد وضع فيه التقنين المدني قواعد خاصة به جعلته يتميز عن التعويض في كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وظاهر أن هنالك فرقاً فنياً واضحاً بين دعوى ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الإبطال ودعوى الفسخ من جهة أخرى ، هو الذي انبنى عليه هذا التمييز . فكل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ تفترض أن عقد البيع قد زال ، إما بالإبطال أو بالفسخ ، وأن التعويض الذي يعطيه البائع للمشتري ليس مبنياً على العقد بعد أن زال . أما دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض أن عقد البيع باق لم يزل ، إذ التعويض فيها سببه هو عقد البيع ذاته ، وليس التعويض في ضمان الاستحقاق إلا تنفيذاً بطريق التعويض لعقد البيع بعد أن تعذر تنفيذه تنفيذاً عينياً ، وهذا قاطع في أن عقد البيع باق لم يزل مادام التعويض ليس إلا تنفيذاً له . ومن ثم كان التعويض في ضمان الاستحقاق مقدراً على أساس تعويض المشتري عن فقدته للمبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق ، لا على أساس زوال البيع فيسترد المشتري الثمن (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « أثر المشروع في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذي تمليه القواعد العامة . ف ضمان الاستحقاق التزام في ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه إلا من قيام عقد البيع ، والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع . ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام فلم يبق أمام المشتري =

ويعدد النص المتقدم الذكر عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق الكلي ، على أساس تعويض المشتري عن فقدته المبيع . وحتى تمثل هذه العناصر تمثلاً واقعياً ، نفرض أن المبيع دار عندما تسلمها المشتري أجرى بها ترميمات ضرورية ، ثم أقام طبقة جديدة فوق طبقات الدار وأنشأ مصعداً ، ودهن حيطان الدار لزخرفتها ، وقبض ريع الدار من وقت أن تسلمها . وبعد ذلك رفع شخص على المشتري دعوى استحقاق ، فأدخل المشتري البائع ضامناً في الدعوى ، وحكم باستحقاق الدار وتعويض للمشتري على البائع . فهذا التعويض الذي يأخذه المشتري من البائع بسبب ضمان الاستحقاق يتكون من عنصرين جوهرين هما قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، ولكن المشرع فصل هذه التعويضات ، فصار التعويض عن ضمان الاستحقاق يتكون من العناصر الآتية :

أولاً - قيمة المبيع والفوائد القانونية : فيدفع البائع للمشتري قيمة الدار في الوقت الذي رفعت فيه دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى (١) . وبلاحظ في تقدير قيمة الدار ألا يدخل في هذه القيمة المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية - أي الترميمات والطبقة الجديدة والمصعد والدهان - فهذه لها حساب آخر سيأتي بعد . وإنما يدفع البائع للمشتري قيمة الدار وقت الاستحقاق بدلاً من رد الثمن ، لأن المشتري يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس فسخ العقد أو إبطاله كما سبق القول ، فالبيع إذن باق وهو مصدر التعويض (٢) . ولا تأثير لمقدار الثمن على قيمة المبيع

= إلا أن يطالب بتسديد الالتزام عن طريق التعويض . والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ من المشروع ، وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير مدى التعويض (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٥ - وأنظر أيضاً ص ٩٧) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨ مكررة - وإذا كان المبيع حق انتفاع في الدار ، ردت قيمة حق الانتفاع وقت رفع دعوى الاستحقاق ، وهذه القيمة قد نقصت بداية عن القيمة وقت البيع (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٤ مكررة) . وقد ترتفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ارتفاعاً باطلاً يرجع إلى ظروف غير متوقعة ، كفتح شارع أو استحداث تحسينات في المواصلات ونحو ذلك ، فهما كان مقدار الارتفاع يرجع به المشتري على البائع لأنه قد خسرهما فلا المبيع باستحقاق (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨) .

(٢) أما إذا كان يطالب على أساس فسخ العقد أو إبطاله ، فإنه يسترد الثمن لا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إذ يزوال العقد يصبح الثمن غير مستحق ، يسترد المشتري بدونه (مادة ٥٨٩) .

وقت الاستحقاق ، فلو أن المشتري دفع ثمناً للدار العا وكانت قيمتها وقت الاستحقاق تقل عن الألف أو تزيد ، فإن الذي يأخذه المشتري من البائع هو الدار وقت الاستحقاق قلت عن الثمن أو زادت (١) . وبأخذ المشتري قيمة

= غير المستحق . وقد خلط التقنين المدني العراقي (م ٥٥٤) وتفنن الموجهات والمقود البنان (م ٤٣٣) بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ أو دعوى الإبطال ، فأوجبا على البائع في ضمان الاستحقاق رد الثمن . وهذا ما فعله أيضاً التقنين المدني الفرنسي (١٦٣٠ وم ١٦٣١ فرنسي - وانظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٠٨ - جوسران ٢ فقرة ١١١١) .

ويبدو أنه مادام المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا الثمن ، فإنه لا يسترد مصروفات البيع فهذه ملحقة بالثمن ودو والثن معاً تقابلها قيمة المبيع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢١٢ - الأستاذ عبد الفتاح الباق فقرة ٢٤٧ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ - ص ١٧٦) . وفي عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان المشتري يسترد الثمن ، كان يسترد أيضاً مصروفات البيع (استئناف ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥) . وفي فرنسا رأيان : رأى يذهب إلى أن المشتري لا يسترد مصروفات البيع إلا إذا كان حسن النية ، وهذا منته أن مصروفات البيع تدخل ضمن التعميمات فلا تلحق بالثمن (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ حاشي رقم ٣١ ثالثاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٥٥١) . ورأى يذهب إلى أن المشتري يسترد المصروفات ولو كان سيئ النية ، وهذا منته أنها تلحق بالثمن ولذلك يسترد المشتري سيئ النية إذ هو يسترد الثمن وملحقاته دون أن يأخذ تعويضاً (بودري وسينييه فقرة ٣٧٧ ص ٥٦٩ - بيدان ١١ فقرة ٢١٥) .

ويترتب على أن المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنه لو كان الثمن يراداً مرتباً متى الحياة ، فإن المشتري يتق ملزماً بدفع الإيراد للبائع بعد أن يسترد منه قيمة المبيع ، ولا يكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيع حلولاً عينياً لم يرد فيه نص . أما في اتفاق الفرنسي ، حيث يسترد المشتري الثمن لا قيمة المبيع ، فإنه يسترد ما دفعه من أقساط الإيراد ، فينقطع الإيراد (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٥٤ حاشي ٢٨ مكرر ثالثاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٢ ص ١٢١) .

(١) وقيمة المبيع وقت الاستحقاق قد تهبط عن قيمته وقت البيع إما بفعل المشتري ويكون ذلك عادة باستعمال المبيع أو هدم جزء منه ، وإما بانخفاض سعر المبيع في السوق . وكذلك قد تزيد بفعل المشتري أو بارتفاع سعر المبيع في السوق أو بأعمال عامة كفتح شارع أو تحمين طرق المواصلات (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٠) .

ويلاحظ أن إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن ، جاز للمشتري ، بدلاً من الرجوع بضمن الاستحقاق ، أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله فيسترد الثمن (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٣٠٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٦ ص ٢٤٧ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣) .

المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن النية أو سيئ النية أى بين ما إذا كان لا يعلم وقت البيع الاستحقاق أو يعلم ، ودون تمييز بين ما إذا كان البائع نفسه حسن النية أو سيئ النية فسواء كان يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم ذلك فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشتري (١) . ولما كان المشتري ملزماً ، كما نرى ، برد ريع الدار للمستحق من يوم رفع دعوى الاستحقاق على الأقل ، فإنه يأخذ من البائع تعويضاً عن هذا الربح الفوائد بالسعر القانوني (٤ / في المسائل المدنية و ٥ / في المسائل التجارية) لقيمة الدار وقت الاستحقاق ، فهذه التوائد بالنسبة إلى هذه القيمة تقابل الربح بالنسبة إلى الدار (٢) . ويأخذ المشتري التوائد القانونية المتقدمة الذكر ، ولو كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ، أو كان البائع وقت البيع لا يعلم بهذا السبب .

ثانياً - الثمار : وإذا فرض أن المشتري كان يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فإنه يكون ملزماً برد الربح الذى قبضه من الدار من اليوم الذى علم فيه بسبب الاستحقاق (م ٢ / ١٨٥ مدني) . وعند ذلك يرجع على البائع بما رده للمستحق من ريع الدار إلى يوم رفع دعوى الاستحقاق ، ويقول البند الثانى من المادة ٤٤٣ مدني إن المشتري يطلب من البائع قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . ونقول المذكورة بإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والفروض فى ذلك أن المشتري قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها إلى البائع استيفاء لحقه فى التعويض . أما ثمار المبيع من وقت ريع

(١) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

(٢) ويستحق المشتري التوائد القانونية حتى لو كان المبيع ثماراً ، كما لو كان أرضاً نصفاً مدة لبناء ، وتكون فى هذه الحالة على سبيل استكمال التعويض فقد كان المشتري يستطيع أن يستغل قيمة المبيع لو أخذ من البائع فوراً بمجرد الاستحقاق (أنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٦ ص ٢٤٣) . ويستحق المشتري التوائد القانونية دون حابة لمخاللة القضاية بها ، ويمكن فى سريانها دفع دعوى ضمان الاستحقاق الأصلية أو إدخال البائع فى دعوى الاستحقاق بصفة فرعية (الأستاذ بيجال الشرقاوى ص ٢٤٤ - الأستاذ عبد السلام الدراوى فقرة ٣١٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣) .

الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فيما تقدم (١) .

ثالثاً - المصروفات : أما المصروفات التي أنفقها المشتري على الترميمات ضرورية التي أجراها في الدار ، فهذه يأخذها من المستحق ، سواء كان المشتري لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو كان يعلم أى سواء كان حسن النية أو سيئها ، وهذا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدنى إذ تقول : « على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يزدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » . ومن ثم لا يرجع المشتري على البائع بشئ من هذه المصروفات الضرورية ، فقد استردها كلها من المستحق (٢) . وأما المصروفات التي أنفقها في إقامة الطبقة الجديدة فوق طبقات الدار الأصلية ، فهذه مصروفات ناعمة أوردت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدنى والمادتان ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى حكمها . فإذا كان المشتري يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، كان للمستحق أن يطلب منه إزالة هذه الطبقة مع التعويض إن كان له وجه ، أو يطلب استبقائها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في قيمة الدار بسبب هذه الطبقة الجديدة (م ٩٢٤ مدنى) . وإذا كان المشتري لا يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، خير المستحق بين دفع نفقات البناء أو دفع ما زاد في قيمة الدار (م ٩٢٥ مدنى) . وفي الحالتين يتحمل المشتري ، بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون على النحر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٦ - استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ص ٢٤٥ - وإذ سبب الاستحقاق رهناً ونزع الدائر المرهون ملكية المبيع ، فإن التنازل تلحق بالمعيار من وقت تسجيل التسيب (م ١٠٣٧ مدنى) فيحرم منها المشتري ، ويرجع بها على البائع (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يذكر استرداد المشتري من البائع المصروفات الضرورية التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، فصحح هذا الخطأ في لجنة المراجعة بحذف هذا الحكم ، لأن المصروفات الضرورية « لا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٤ و ص ٩٧) - هذا وللمشتري حق امتياز على المبيع يكفل له رجوعه بالمصروفات الضرورية على المستحق (م ١١٤٠ و م ١١٤٨ مدنى - الأستاذ محمد على أمام فقرة ٢١٠) .

المقدم الذكر ، نصارة هي الفرق بين قيمة الطبقة الجديدة وقت الاستحقاق والمبلغ الذي استرده من المستحق ويكون عادة أقل من قيمة الطبقة الجديدة . فهذه النصارة يرجع بها المشتري على البائع كمعصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ، ويستوى في هذا الرجوع أن يكون المشتري غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو عاكفا بذلك (١) . وأما المصعد الذي أنشأه المشتري في الدار ، فيغالب أن تكون المصروفات التي أنفقت فيه ، مصروفات نافعة ، ويكون حكمها هو الحكم الذي قدمناه في المصروفات التي أنفقت على إقامة الطبقة الجديدة . وقد تكون مصروفات المصعد مصروفات كمالية ، بما إذا كان المألوف في مثل الدار المبيعة حتى يمد بناء الطبقة الجديدة ألا يكون فيها مصعد وليست الدار في أية حاجة إليه ، وسنرى حالا حكم المصروفات الكمالية . وأما المصروفات التي أنفقتها المشتري على دهان حيطان الدار وزخرفتها ، فالغالب أن تكون مصروفات كمالية (٢) ، وحكمها وارد في الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدني ونعني بأنه إذا كانت المصروفات كمالية فليس لها أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن يترفع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يسبقها بمقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . وظاهر أن دهان الحيطان لا يتصور فيه أن يطلب المشتري إزالته ، فهو سبترته للمستحق دون أن يأخذ منه أى تعويض ، فهل يرجع هذه المصروفات الكمالية على البائع كمعصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ؟ يجب البند ٣ من المادة ٤٤٣ مدني ، كما رأينا ، بأن المشتري يسترد من " " حده المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية ، أى إذا كان البائع رمت البيع يعلم بسبب الاستحقاق . وتعلل المذكورة بالإضافة

(١) وقد كان القضاء المصري في عهد التقنين المدنى السابق يفتى بذلك (استئناف محظوظ ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٥ - ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢) . بل أنه لا يرد المشتري من البائع هذا الفرق إلا إذا كان قد أنفق المصروفات قبل رفع دعوى الاستحقاق ، إما إذا أنفقها بعد رفع هذه الدعوى فليس له أن يرجع بفرق على البائع (استئناف محظوظ ٢٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٠ - ٩ يونيو ١٩١٣ م ١٢ ص ٤١٧) .
(٢) وقد تكون في أموال الميرة مصروفات نافعة ، وقد عاينا معكم هذه المصروفات .

للمشروع التمهيدى هذا الحكم بما يأتى : « أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق ، وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية ، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع . فإذا كان البائع سبب النية ، أى كان يعلم بحق الأجنبي ، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ربح إذن للمشتري أن يرجع بالمصروفات الكمالية » (١) .

رابعاً - مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان : يضاف إلى عناصر التعويض الذى يرجع به المشتري على البائع فى ضمان الاستحقاق ما عسى أن يكون قد ألزم به من مصروفات دعوى الاستحقاق التى رفعها المستحق عليه ، فقد يكون المشتري قد بنى خصماً فى هذه الدعوى ولما حكم للمستحق بالاستحقاق ألزم هو بمصروفات الدعوى نحو المستحق . ف يرجع بما ألزم به من هذه المصروفات على البائع كمعصر من عناصر التعويض . ثم إن المشتري قد أدخل البائع ضامناً فى الدعوى ، أو لعله رفع عليه دعوى ضمان أصلية بعد الحكم بالاستحقاق ، فى الحالتين يكون قد تكبد مصروفات هى مصروفات إدخال البائع ضامناً أو مصروفات دعوى الضمان الأصلية . فهذه المصروفات أيضاً يلزم بها البائع نحو المشتري ، ويستثنى من ذلك المصروفات التى كان المشتري يستلج أن يتقيا لو أنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم (٢) ، فقد يبطئ المشتري فى إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، وقد لا يخطره أصلاً ، ويتسبب عن ذلك أن تطول الإجراءات فى غير مقتضى فتزيد المصروفات . فإزاد منها على هذا النحو لا يرجع المشتري به على البائع لأنه هو الذى تسبب فيه بخطأه (٣) . وعلى البائع بقع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع انتقاء المصروفات على النحو المتقدم (٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ .

(٢) كما لو تكلفت مصروفات الحصول على صورة مستند كان موجوداً عند البائع وكان يستطيع أخذه منه لو أخطره (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٧٥) .

(٣) أنظر البند ٤ من المادة ٤٤٣ مدنى . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٤ ص ٩٦ .

(٤) بیدان ١١ فقرة ٢١٤ .

خامساً - مالق المشتري من الخسارة وما فاته من الكسب : وبذكر البند الخامس من المادة ٤٤٣ مدني ، كما رأينا ، أن البائع يلتزم ، بوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . وتقول المذكرة الإيضاحية أن « ليس في ذلك إلا تذكير بالمواعد العامة » (١) . فالقواعد العامة تقضي بأن التعويض في المسؤولية التقديرية يشمل كل مالق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع . وقد يكون هذا ونبت عنصرين جديدين في التعويض فوق العناصر التي قدمناها . مثل ذلك ، فيما لحق المشتري من خسارة ، أن يكون وقت أن اشترى الدار قد اضطر لمباينتها فانتقل إليها من بعيد برفقة البائع وتجنشم في ذلك مصروفات السفر . فهذه خسارة نحمائها المشتري فيرجع بها على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٢) . ومثل ذلك ، فيما فات المشتري من كسب ، أن يكون الثمن الذي اشترى به المشتري الدار قد أعدده لاستغلاله في ناحية تدر عليه ربحاً معيناً ثم تحول عن هذه الناحية إلى شراء الدار والبائع يعلم ذلك . فاستحقاق الدار قد فوت على المشتري هذا الربح المعين الذي كان يجنيه لو أنه استغل ثمن الدار في الناحية التي فكر فيها من قبل ، فيرجع على البائع بهذا الربح كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٣) .

هذه هي العناصر المختلفة في التعويض المستحق بسبب ضمان الاستحقاق ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧ .

(٢) بلانول وريبير وهامل ١٠ فترة ١١٤ وص ١٢٠ هامش ٣ .

(٣) در عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان البائع يرد الثمن للمشتري ، كان يجوز للقاضي أن يحجب ، على سبيل التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب ، فوائد على الثمن بسعر معين يدفعها البائع عند رد الثمن ، وليس من الضروري أن يكون هذا السعر هو السعر القانوني . وقد قست محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع - عندما يجب على البائع رد الثمن مع التضمينات بسبب استحقاق المبيع - أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن . أو أن يسب عليه الثمن بالفوائد التي يعرض بها على المشتري ما خسره . وأحرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب ربح الملكية . وليس على القاضي إذا أجرى الفوائد التعويضية على المشتري أن يتبع أحكام مواده التأثير المشار إليها في المادة ١٢٤ مدني (السابق) (نقض مدني ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٤ ص ١٤٤) .

وقد ذكرها القانون بالنص عنصراً عنصراً، فأمر بذلك دعوى ضمان الاستحقاق عقوباتها الذاتية، ووارق بينها وبين دعوى الفسخ ودعوى الإبطال كما سبق القول. وأهم فرق في التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع. وفي دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم في مقدار التعويض (١)، أما في دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ فالمشتري يكون سبباً للثبوت، وقد علمنا في بيع ملك الغير أن المشتري إذا كان سبباً للثبوت فليس له أن يطالب البائع بتعويض (م ٤٦٨ مدني) ومن ثم لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بغير الثمن الذي دفعه ولا يسترد العناصر الأخرى من عناصر التعويض التي سبق ذكرها في ضمان الاستحقاق. وهذا وحده كاف في جعل دعوى ضمان الاستحقاق بارزة إلى جانب دعوى الفسخ ودعوى الإبطال، وجعل المشتري يؤثر عادة أن يلبجأ إلى هذه الدعوى دون الدعويين الآخرين.

(١) والفقه في مصر منقسم في هذه المسألة، فالقائلون بشرط حسن نية المشتري حتى يكون له الحق في التعويضات الأخرى يقيسون دعوى ضمان الاستحقاق على دعوى إبطال بيع ملك الغير (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عبد المتعم سرراوى فقرة ٣١٥). والقائلون بأن للمشتري الحق في التعويضات الأخرى ولو كان سبباً للثبوت يستندون إلى أن النصوص ميزت تمييزاً واضحاً بين دعوى إبطال بيع ملك الغير ودعوى ضمان الاستحقاق فلا يجوز الخلط بينهما وقياس هذه على تلك، وإلى أن القواعد العامة في التنفيذ بطريق التعويض، وهي القواعد التي تنطبق على دعوى ضمان الاستحقاق، لا تستلزم التعويض عن الضرر إلا إذا كان الدائن هو الذي تسبب في إحداث الضرر، ولا يجوز التحفظ إلا في حالة ما إذا أمكن تفسير علم المشتري بسبب الاستحقاق اتفاقاً ضيقاً على عدم الضمان فيجب منه رد قيمة المبيع دون التعويضات الأخرى، الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٧ - الأستاذ منصور مطلق منصور ص ١٢٧ - ص ١٧٩ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٥ - ص ١٢٦ - وقارب الأستاذ جيل الشرفاوى ص ٢٥٩). أما سوء نية البائع فلا يؤثر إلا في الضرر غير المتوقع كالمصروفات الكالية، فيعوض منه البائع سبباً لثبوت دون البائع حسن النية، وفي غير هذه الحالة تستحق كل التعويضات حتى لو كان البائع حسن النية وكان المشتري سبباً للثبوت.

وكان القضاء في عهد التقنين المدني السابق، حيث كان ضمان الاستحقاق يختلط ببيع ملك الغير، يشترط حسن النية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٥١ بحسرة أحكام النقض ٢ رقم ٥٤ ص ٢٨١ - استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ الحام ١٢ رقم ٢٥٥/١ ص ١٨٥-١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١٧٠ =

٣٥٣ - موشحان الجزئي - النصوص القانونية - تنص المادة ٤٤٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١٥ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو عنمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ الميئة في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢٥ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ القدر الميئن في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق (١) .

= استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٨ - ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤١ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٣ - أول يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠ .

وفي القانون الفرنسي ، حيث تختلط دعوى ضمان الاستحقاق بدعوى إبطال بيع ملك الغير ، يشترط الفقه الفرنسي حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى قياساً على القواعد المقررة في بيع ملك الغير حيث لا يستحق المشتري تعويضاً إلا إذا كان حسن نية (أوبري ورو ، فقرة ٣٥٥ ص ٧٦ - بودري وسونيا فقرة ٣٧٥ - بلانير وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٣ ص ١٢٣ - بلانير وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٢٥٤٢ - كولان وكايبان ٣ فقرة ٩١١ وقرة ٩١٩) . ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٣٧ دالروز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٢٤٣) عدلت أخيراً هذه قضائها السابق ونصبت إل أن المشتري يستحق التعويضات الأخرى ولو كان سيئ النية (السيكلوبيدي دالروز ٥ لفظ vents فقرة ١٣٢٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما

استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٥٧ من المشروع النهائي . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلاً لم يأخذ به مجلس الشيوخ ، وأبقى النص على حاله تحت رقم ٤٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٠ - ص ١٠٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد الآتية :

م ٣٨٤/٣١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكيته كله ، وكذلك ثبوت حق ارتفاع موجد على المبيع قبل العقد ولم يحصل الإعلام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو عليها المشتري لامتنع عن الشراء .

م ٣٨٥/٣١١ : ومع ذلك لا يشتري في هذه الحالة إلا بما البيع أو غرضه ، ولكن ليس له أن يملكه لأشراً أو يستوفى الاستيفاء برسم .

ويعرض النص للحالة التي لا يكون فيها استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً .

م ١١٢/٢٨٦ : إذا أثنى المشتري المبيع ، أو كان الجزء الممنوع ملكيته منه أو حق الارتفاق على البيع ليس بحالة تجوز فسخ العقد ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع قيمة ذلك الجزء الذي انتزعت ملكيته منه بالنسبة للقيمة المتبقية للمبيع في وقت النزاع أو تفسيرات تقديرها المحكمة في حالة ثبوت حق الارتفاق .

(وتختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد في أنها هنا أيضاً - كما في الاستحقاق الكلي - تخطط ما بين الفسخ وإنهاء الاستحقاق . ثم إنها في حالة استبقاء المشتري للمبيع عند الاستحقاق الجزئي تجعل التسويف مقدراً على وجه خاص هو جزء من الثمن يبادل قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حتى ارتفاق قدر التسويف طبقاً لقواعد العامة . والمبرة في تطبيق نصوص التقنين الجديد - كما قدمنا في الإلهامات الكلي - بتاريخ الواقعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت نصوص التقنين السابق ، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هي التي تسري .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٦ (مطابقة لمادة ٤٤٤ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٩) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٢ (مطابقة لمادة ٤٤٤ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٥ : ١ - إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلاً بتكليف لاعلم للمشتري به وقت العقد ، كان له أن يفسخ العقد .

٢ - وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع ، فله أن يطلب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

(وحكم التقنين العراقي بخلاف حكم التقنين المصري في أمرين : (١) لا يميز التقنين العراقي في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسم لو علم به المشتري لمسا أتم العقد واستحقاق غير جسم كما فعل التقنين المصري ، فالاستحقاق الجزئي في التقنين العراقي حكمه واحد في جميع حالاته . (٢) بهذا الركن هو الخيار بين الفسخ مع رد المبيع أو استبقاء المبيع مع التعويض عن الضرر بسبب الاستحقاق الجزئي ، والتقنين المصري لا يفسخ البيع حتى يرد رد المبيع ، بل يبقى البيع قائماً ويكون مبيعاً في التعويضات الكاملة المقررة في الاستحقاق الكلي - أنظر في القانون المدني العراقي حسن القانون فقرة ٦١٠ - - فقرة ٢١٤ وفقرة ٢٤١ - الامتياز بهاس حسن الصراف فقرة ١٦٤) .

تقنين الوجبات والعقود اللبناني م ٤٣٧ : إذا لم يفرغ من المشتري إلا جزء من المبيع ، وكان هذا الجزء بالنسبة إلى المصنع كبير الشأن إلى حد أن المشتري أولاً لا يرغب ولا امتنع عن الشراء ، حتى له أن يفسخ العقد .

م ٤١٥ : إذا لم يفسخ البيع في حالة استحقاق جزء من المبيع ، يرد إلى المشتري قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن ، مع بدل التطل والكثير من الاستحقاق .

والاستحقاق الجزئى يستحق بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من المبيع شائع أو مفرز ، وقد يتبين أن المبيع مرهون أو مثقل بحق اختصاص أو حق امتياز (١) ، أو أن حق ارتفاق للمبيع ليس موجوداً ، ففى هذا كله يمكن القول بأنه استحق بعض المبيع . وقد يكون المبيع مثقلاً بتكليف ، كحق ارتفاق عليه ليس ظاهراً ولم يبين البائع عنه للمشتري أو حق انتفاع أو حق حكر . ففى جميع الأحوال التى يستحق فيها بعض المبيع أو يكون مثقلاً بتكليف ، يكون هنا استحقاق جزئى للمبيع .

ويميز النص فى الاستحقاق الجزئى بين فرضين (١) إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى قد بلغت من الجسامة قدراً لو علمه وقت البيع لما أنعمه ، كما لو اشترى أرضاً لإقامة مصنع أو مدرسة أو مستشفى فاستحق جزء منها فصار الباقى غير كاف للوفاء بالغرض المطلوب (٢) . وليس من الضرورى فى هذا الفرض أن يكون المشتري غير عالم وقت البيع بالاستحقاق الجزئى ، فقد يكون عالماً به ولكنه يعتقد أن لبائع سيذره عنه ، كما إذا كان المبيع مرهوناً فى دين وأكد له البائع أنه سيقوم بوفاء هذا الدين وبشطب الرهن (٣) . (٢) إذا لم تبلغ خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى هذا

= م ٤٢٩ : إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة لم يصرح بها ، وكانت كبيرة الشأن إذ حد يمكن معه التقدير أن اشترى لو علم بها لما اشترى ، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ العوض .

(ويختلف التقنين الثانى فى أن الخيار لمشتري فى صمان الاستحقاق الجزئى بين فسخ البيع أو استرداد قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن مع التعويضات الأخرى إن كان لما مقتضى ، أما فى التقنين المصرى فالخيار بين رد المبيع وأخذ التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى دون فسخ البيع وبين استبقاء المبيع وأخذ تعويضات تقدر طبقاً للقواعد العامة) .

(١) أو مثقل بضريبة تحمين ترنتت على أعمال المنافع العامة كان من شأنها زيادة قيمة المبيع أنسيكوليبيدى دالور • لفظ Vente فترة ١٣٥١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٠ - ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٨ - ٩ يولييه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٨ ص ٣١ .

(٣) فإذا لم يقر البائع بوفاء الدين ، وتثبت على ذلك أن سارع الدائن المرتب ملكية جزء من المبيع فى مقابل الدين ، وجب فى هذه الحالة أن يتبين عن لو علم المشتري بأن هذا المرء من المبيع سارع ملكيته أكان يقدم على الشراء بالرغم من ذلك ؟ فإن كان لا يقدم على الشراء ، أكد من نطاق الفرص الأولى

استلزم من الجسامة المبين في الفرض الأول (١) .

فإذا كانت خسارة المشتري جسيمة بالقادر الذي بسطناه في الفرض الأول ، كان المشتري مخيراً بين رد ما بقي من المبيع بما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات التي يستحقها في حالة الاستحقاق الكلي ، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئي . فإذا اختار رد ما بقي من المبيع والمطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي ، فإن ذلك يبدو طبيعياً إذ المفروض أن المشتري ما كان لينم البيع لو عرف الخسارة التي تلحقه بسبب الاستحقاق الجزئي . ولكن حتى في هذا الفرض لا يزال ضمان الاستحقاق محتفظاً بصفته الخاصة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقضي بأن المشتري في هذا الفرض كان يطلب فسخ البيع فيرد ما بقي من المبيع ويسترد الثمن مع التعويضات إن كان لها مقتضى . ولكن ليس بقضى ببقاء البيع لا يفسخه ، ويقم التعويضات التي يستحقها المشتري على هذا البيع ، فهو بعد أن رد بقية المبيع بما أفاده منه يعتبر في حكم من استحق منه المبيع استحقاقاً كلياً ، فكان من الطبيعي أن يتقاضى من البائع كل التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي . ومن ثم يسترد المشتري من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية ، والثمار التي ردها للمشتق ، والمصروفات النافعة والكمالية على التنصّل الذي أسلفناه ، ومصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان ، وكل ما لحقه من خسارة أو فاته من ربح على الوجه الذي يبناه فيما تقدم . ويبدو أن المشتري إذا كان يرد بقية المبيع وما أفاده منه إلى البائع في هذه الحالة ، فليس يرد ذلك بناء على أن عقد البيع قد فسخ ، فقد قدمنا أن البيع باق وبموجبه استحق المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي ، ولكن على أساس أن المشتري لا يستطيع أن يأخذ من البائع هذه

(١) فاستحقاق ٢١ قيراطاً في أرض مساحتها ٢١ فداناً لا يمد استحقاقاً جسيماً (استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢) . وكذلك ظهور حق حكر على الأرض المبيعة ليس من شأنه أن يمنع الشراء (استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩١٧ م ٣٩ ص ١٨٤) . وكذلك شراء أرض لتقسيمها وبيعها مجزأة . فاستحق جزء منها ، إذا لم يفت على المشتري غرضه (استئناف مخطوط أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٤٧) .

التعويضات إلا بعد أن يستلزم منها ما أفاده من المبيع، فوجد المشرع أن الأولى أن يأخذ المشتري التعويضات ويرد بقية المبيع وما أفاده منه ، فيصل بذلك من طريق سهل إلى نفس النتيجة (١). أما إذا اختار المشتري استبقاء المبيع في يده ، فإنه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من خسارة وعما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون ذلك متروفاً لأننا في صدد مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، وهذا ما لم يكن الاستحقاق الجزئي قد وقع بغش من البائع أو خطأ جسيم منه فيأخذ المشتري تعويضاً حتى عن الضرر غير المتوقع (٢).

وإذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي ليست جسيمة بالفرد الذى لو علمه لما أتم البيع ، لم يكن أمامه في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب الاستحقاق الجزئي (٣) ، وذلك طبقاً

(١) قارن مع ذلك ما ورد بالذكرة الإيضاحية في المادة الآتية . أما إذا كان الاستحقاق غير جسيم ، فليس للمشتري أن يطلب الفسخ ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طناً لما تقدم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١) . فهذه المادة تفترض أنه إذا كان الاستحقاق جسيماً ، فالذى يفعله المشتري هو منسوخ البيع . ولكن يبدو أن الأفضل من الناحية العملية عدم القول بفسخ البيع في حالة الاستحقاق الجسيم ، وإلا لم يكن مفهوماً كيف يأخذ المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلى — ومضى تفترض هنا أن البيع باق — مع القول بفسخ البيع (أنظر الأستاذ محمد حل إمام فقرة ٣٦٨ — الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ص ٤٨٦ — الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨١ - ١٨٢) .

(٢) وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٣١٢/٣٨٩) يفرض ، إذا استبقى المشتري المبيع في حالة الاستحقاق الجزئي ، بأن يكون التعويض سر جزء من الثمن يتناسب مع قيمة الجزء من المبيع الذى انتزعت ملكيته منسوبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حق ارتفاق قدرت التعويضات طبقاً لقواعد العامة . ولم يمار التقنين المدنى الجديد التقنين المدنى السابق في ذلك ، بل جعل تقدير التعويض طبقاً لقواعد العامة في جميع الأحوال . وتقول الذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد تجنب المشروع أن يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي هو دائماً قيمة الجزء الذى انتزعت ملكيته بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٣٨٦/٢١٢ من التقنين الحالى (السابق) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١) .

(٣) فإذا كان الاستحقاق الجزئي من شأنه أن يزيد في قيمة الجزء الباقي من المبيع ، كان هذا محل اعتبار في تقدير التعويض عن الضرر الذى أصاب المشتري ، فينقص من التعويض بقدر هذه الزيادة . وهذا بخلاف التقنين المدنى السابق الذى كان يقضى برد جزء من الثمن يتناسب مع الجزء المستحق ، فلا تكون الزيادة في قيمة الباقي من المبيع محل اعتبار عند تقدير التعويض (استئناف مختلط ٣٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٣٨ : أرزعت ملكية جزء من المبيع لشق شوارع حفت من الباقي من المبيع ، فقصى برد جزء متناسب من الثمن ، أما التحسين فلم يمنع إلا من إعطاء تعويض آخر إذ لا ضرر يستحق من أحله التعويض) .

القواعد العامة عن النحو الذي أسلفناه فيما تقدم ، ولا يجوز في هذا الفرض للمشتري أن يرد بقيمة المبيع وما أقاده منه على أن يأخذ التعويضات المقررة من الاستحقاق الكلي ، فإن هذه الرخصة مقصورة على الفرض الأول .

٣٥٤ - رد البائع ما أداه المشتري للمدعى - النص من القانونية -

نص المادة ٤٤٢ ، من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩١ - ص ٩٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولما كان نصاً يقرر حق استرداد ، فإنه لم يكن من الجائز الأخذ بحكمه في عهد التقنين المدني السابق . ومن ثم لا يجوز العمل بنص التقنين المدني الجديد إلا إذا كان الاتفاق الذي يبرره المشتري مع المتعرض ليتوفى استحقاق المبيع - ومما سبب القانوني لاستعمال حق الاسترداد - غير سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى . التقنين المدني السوري م ١١٠ (مطابقة لمادة ٤٤٢ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣١ (مطابقة لمادة ٤٤٢ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢٢ : إذا أثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بوضع ، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق ، والمشتري أن يرجع على بانه بالضمان . (وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة المنبثقة في القانون المدني المصري ، ولكنه لا يقرر حق الاسترداد كما تقرره المادة ٤٤١ مصري . فحق القانون العراقي المبرر من أن المستحق ثبت حقه في المبيع وحكم له به ، ثم اشتراء منه المشتري ، فيرجع المشتري في هذه الحالة على البائع بضمان الاستحسان . فالحكم كالمصري فالمتعرض أن المشتري توفى أن يمكن المستحق بحقه بأن أداه له شيئاً مما قبل هذا الحق ، ويجوز في هذه الحالة للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما أداه المستحق . ولا يجوز تطبيق هذا الحكم الأخير في العراق مادام لا يوجد =

وعندما يتعرض الذى يمرض له النص شامل لحالى الاستحقاق الكلى والامتياز الجزئى ، ويسر على البائع أمر ضمان الاستحقاق فى الحالتين . والمفروض هنا أن المشتري توفى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شيء آخر يؤدبه له . فثبت القانون عندئذ للبائع نوباً من الاسترداد (a. dit) يستطيع بموجبه أن يكفى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعريفات التى بينها فى حالى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى ، بأن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشتري أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالماً من الاستحقاق فى مقابل أداه للمتعرض ، فاذا استرد من البائع قيمة هذا المال ، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم يثله أى ضرر . وهذا انصراف من الاسترداد نادر ، وليس له نظير فى التقنين المدنى إلا فى حالات ثلاث : الشفعة واسترداد الحصة الشائعة واسترداد الحق المتنازع فيه (١) .

ونرى مما قلتمناه أنه حتى يكون للبائع حق الاسترداد على النحو الذى أسلفناه يجب أن يتفق المشتري مع المتعرض على تقاضى استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بأن يدفع المشتري للمتعرض مبلغاً من المال فى مقابل نزول المتعرض عن ادعاء ترك المبيع فى يد المشتري سلمياً من أى استحقاق . وهذا الاتفاق يقع غالباً - رفع المتعرض دعوى الاستحقاق على المشتري ، سواء تدخل البائع فى الدعوى أم لم يتدخل . وقد يقع دون أن ترفع دعوى الاستحقاق ، بأن يتبين المشتري جدية ادعاء المتعرض فينتفى معاً على الوجه المتقدم توفياً

= نص هذا المبنى فى التقنين العراقى - قارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٦ والأستاذ عباس حسن السراى ص ٤٥٧ ص ١٩٧ هامش (٢) .

تقنين المورجيات والمقود البنائى م ٤٤٠ : إذ تخلص المشتري من الاستحقاق بدفعه مبلغاً من المال ، فللبائع أن يتخلص من نتائج الضمان برده ذلك المبلغ إلى المشتري مع الفوائد وجميع النفقات

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٢ .

للاستحقاق وتغادياً من رفع دعوى به وما يحوز ذلك من إجراءات ومصروفات .
والاتفاق الذي يتم بين المشتري والمتعرض يكون في الغالب صلحاً ، فيتصلحان
على أن يعطى المشتري مبلغاً من النقود في نظير أن ينزل المتعرض عن ادعائه ،
وعند ذلك يخلص المبيع للمشتري خالياً من النزاع . ولكن هذا الصلح يعتبر
بالنسبة إلى البائع استحقاقاً للمبيع ، فيجب عليه الضمان ، وإن كان يستطيع
التخلص منه - أى استرداد ما كان يجب أن يدفعه للمشتري من تعويضات بسبب
ضمان الاستحقاق - في مقابل أن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه المشتري للمتعرض
وفوائده القانونية (٤/ في المسائل المدنية و ٥/ في المسائل التجارية) من يوم
أن دفع للمشتري المبلغ للمتعرض ، وكذلك مصروفات الصلح الذي تم بين
المشتري والمتعرض . فيتقضى البائع بذلك أن يدفع للمشتري التعويضات المقررة
في الاستحقاق الكلى أو الاستحقاق الجزئى ، وهذا هو معنى الاسترداد . وغنى
عن البيان أن البائع لا يختار استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجد أن المبلغ الذى
سيرد ، للمشتري أقل من التعويضات التى كان يدفعها له بسبب ضمان الاستحقاق ،
وبفرض أن حق المتعرض لا يستطيع البائع أن يدفعه . فالبائع إذن حر فى أن
يستعمل حق الاسترداد وفى ألا يستعمله ، وهو لا يستعمله فى حالتين : (١) إذا
كان يستطيع دفع ادعاء المتعرض ، ويعتقد أن المشتري قد تسرع فى الصلح
معه ، وقد قدمنا أنه فى هذه الحالة لا يكون مسئولا عن الضمان إذا أثبت أن
المتعرض لا حق له فى دعواه . (٢) إذا كانت التعويضات الواجبة عليه بسبب
ضمان الاستحقاق لا تزيد على المبلغ الواجب رده للمشتري بموجب استعمال
حق الاسترداد .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض صلحاً لا يدفع به
المشتري للمتعرض مبلغاً من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للمبيع
بنكره المتعرض ، فينتفى معه المشتري ، على أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب
حق ارتفاق مقابل لمقتضى التعرض على المبيع . وفى هذه الحالة لا يتخلص البائع
من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفع للمشتري قيمة حق
الاتفاق ابتداءً الذى أُلغى على المبيع لمقتضى التعرض والنوالد القانونية لهذه
القيمة من وقت إلغاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح

وقد يكون الاتفاق الذي يتم بين المشتري والمتعرض وفاء بمقابل ، كان يكون المبيع موهوناً في دين ، فينقض المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له مقابلاً لهذا الدين سيارة مثلاً . وفي هذه الحالة لا يتخلص البائع من التزامه بالضمان باستعمال حق الاسترداد إلا إذا دفع للمشتري قيمة هذه السيارة وقت تسليمها للدائن والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت التسليم ومسرورات الاتفاق الذي تم بين المشتري والمتعرض (١) .

ويبدو أنه إذا تم للبائع التخلص من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد على الوجه السالف الذكر ، فإن عقد البيع الأصلي يبقى قائماً بينه وبين المشتري وهذا العقد هو الذي يحدد العلاقة فيما بينهما ، إلا فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد توفاه البائع باستعمال حق الاسترداد كما سبق القول . ويترتب على ذلك أن للمشتري يعتبر متلقياً ملكية المبيع من البائع لامن المتعرض ويبقى البائع ملتزماً نحو المشتري بسائر التزامات البائع ، فلو ظهر في المبيع مثلاً عيب حتى يرجع المشتري على البائع بضمان هذا العيب .

والمفروض في استعمال البائع لحق الاسترداد على النحو الذي وصفناه أن يكون المشتري قد اتفق مع المتعرض ، وتوفى باتفاقه هذا استحقاق المبيع . أما إذا ترك المشتري المتعرض يسير في دعوى الاستحقاق دون أن يبتنى معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلي مثلاً فاسترد المبيع من تحت يد المشتري ، ثم اتفق المشتري بعد

(١) ونرى من ذلك أن حق الاسترداد بالتفصيلات التي قد استأهنا قد أعطاه القانون للبائع تيسيراً عليه للتخلص من ضمان الاستحقاق . ونقول المذكورة الإيضاحية المشروع التمهيد في هذا المعنى : « أما التيسير على البائع فيتحقق في أنه لو ظهر أن الأجسسى على حق في دعواه ، وكان المشتري قد توفى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المشتري عزاً أو يدفع له بدل المبيع مبنياً من النقود أو أي شيء آخر ، صلحاً كان ذلك أو وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع في هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن البائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يعوضه تماماً عما دفعه للمشتري : المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه ، والفوائد القانونية وجسج المسرورات . وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأسطة المذكورة في القانون على حق الاسترداد : انظر مثلاً آخريين في استرداد المصنفات كالمادة وفي استرداد التي الخارج فيه » (مجموعة الأعمال التشريعية لسنة ١٩٣٠ - ١٩٣١ - ١٩٣٢)

ذلك مع المستحق على ان يعبد إليه المبيع بعقد جديد ، يبيع او مقايضة أو غير ذلك ، فان ضمان الاستحقاق يكون واجباً على البائع الأصلي ، ولا يستطيع هذا أن يترقاه بأن يدفع للمشتري الثمن الذي دفعه هذا المستحق في البيع الجديد أو قيمة العبر التي قابض بها المشتري المستحق على المبيع . ف ضمان الاستحقاق يبقى في ذمة البائع ، وتسرى عليه الأحكام التي سطانها فيها تقدم ، وعلاقة المشتري بالمستحق يحكمها العقد الجديد الذي تم بينهما والذي بموجبه أعاد المستحق للمشتري الشيء المبيع ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة (١) .

٣٥ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٥٥ - زيادة الضمان أو انقاصه أو إسقاطه - النص صريح

الفانونية : تنص المادة ٤٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصاه ، أو يسقطا هذا الضمان .

٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

٣ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي .

وتنص المادة ٤٤٦ على ما يأتي :

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد ترقى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يترق هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق ، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهي تنفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الميراث - م ٥٠٦ - من أنه « لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشتري إليه شيئاً وأمسك المبيع ، يكون قد اشترط المبيع من المستحق ، وله أن يرجع كل بائه بالثمن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ - أنظر المادة ٥٥٢ من التقنين المدني العراقي آنفاً في نفس الفقرة في الحاشية) .

١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق يُلحق من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم ونمت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار ، (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٧٥/٣٠١ و ٣٧٧/٣٠٣ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٥٩١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يدمج الفقرات الثلاث في فقرتين اثنتين . وفي لجنة المراجعة قسمت الفقرة الأولى إلى فقرتين تميز المحكمين كل منهما عن الآخر ، وأصبح النص يشتمل على فقرات ثلاث مطابقةً بذلك لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم ٤٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٣ - ص ١٠٤) .

م ٤٤٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان لا يشتمل في الفقرة الثانية لـ « صابة الاستحقاق » ، فأضيفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٥ و ص ١٠٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٧٥/٣٠١ : يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه لمبيع ، إنما إذا كان هذا الاشتراط حاسماً بالفاظ عامة وصار نزاع الملكية من المشتري ، فلا يلزم البائع إلا برد الثمن دون التفسيرات .

م ٣٧٦/٣٠٢ : لا تبطل لازومية البائع المشترط عدم الضمان برد الثمن إلا أثبت علم المشتري وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان على البائع في جميع الأحوال .

م ٣٧٧/٣٠٣ : شرط عدم الضمان باطل إذا كان حق المدعى في استحقاق المبيع ناشئاً عن فعل البائع .

(والأحكام واحدة في التقنينين الجديد والسابق : ولكن نصيحتي التقنين الجديد أقوى وأكبر مولا لحالات الخلفاء . الذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٤ - ٤٣٥ - وفي
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٦ - ٥٧٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود
نفس الماد ٤٣٠ - ٤٣٢ و ٤٣٩ (١) .

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان التي قدمناها ليست من النظام
العام ، يجوز الاتفاق على تعديلها . والاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض
الصادر من الغير - كالاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع -
قد يكون اتفاقاً على زيادة هذا الضمان أو اتفاقاً على إنقاصه ، أو اتفاقاً
على إسقاطه .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٣ (متفقة مع المادة ٤٤٥
مصري ، فيما عدا أن النص السوري قد أغفل الفقرة الثانية من نص التقنين المصري ، فلا يكن إذن
في التقنين السوري أن يكون حق الارتفاق ظاهراً أو أن البائع قد أبان عنه المشتري حتى لا يفسد
البائع بل يجب اشتراط عدم الضمان) .

م ٤١٤ (مطابقة للمادة ٤٦ مصري) .
وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ١٧٣ - فقرة ١٨٠ .
التقنين المدني الليبي م ٤٣٤ - ٤٣٥ (مطابقتان للمادتين ٤٤٥ - ٤٦ مصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٥٦ (مطابقة للمادة ٤٤٥ مصري) .

م ٥٥٧ : ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بين البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ
عن عمله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخفى بغير ذلك . ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من
غير الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد الثمن فقط . (وهذا الحكم يخالف نص التقنين المصري
في أن البائع - عند الاتفاق على عدم ضمان تعرض الغير - يكون مسئولاً في التقنين المصري عن
قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وفي التقنين العراقي عن رد الثمن . ولم يرد في التقنين العراقي العبارة
الأخيرة الواردة في نص التقنين المصري) . إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب
الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار . ويبدو أنه يمكن تطبيق هذا الحكم في العراق لاتفاقه مع
القواعد العامة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٤ .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٣٠ : يحق للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيلوا
أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانوني ، كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما .
م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبقى ملزماً عند تمام الاستحقاق ،
برد الثمن ، إلا إذا كان المشتري قد عقد الشراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر .
أنظر أيضاً المادة ٤٣٩ آنفاً فقرة ٣٥٣ في الهامش .

(والأحكام واحدة بين التقنين اللبناني والمصري ، إلا أن التقنين المصري أكثر تفصيلاً) .

ويجب في جميع الأحوال أن يكون الاتفاق واضحاً في أن إرادة المتبايعين قد انصرفت إلى تعديل أحكام الضمان ، فلا يساق في عبارات عامة غامضة يذكر فيها المتعاقدان أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض القانوني والفعل ، أو أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهون والتصرفات السابقة على البيع ، أو نحو ذلك . فثل هذه العبارات لا تعدل شيئاً في أحكام الضمان التي سبق بسطها ، وإنما هي ترديد للقواعد العامة في هذا الشأن في وضع يريد المتعاقدان به إبراز التزام البائع بالضمان وتأكيد هذا الالتزام ولكن دون إدخال أي تعديل في أحكامه (١) . ويراعى أيضاً أن الاتفاق على إسقاط الضمان أو على إنقاصه يجب عدم التوسع في تفسيره ، فإن المشتري بهذا الاتفاق ينزل عن حق له أو بعض حق والنزول عن الحق يفسر تفسيراً ضيقاً طبقاً للقواعد العامة .

٣٥٦ - الاتفاق على زيادة الضمان : هذا الاتفاق لا يقع كثيراً في

العمل ، فإن القواعد العامة في أحكام الضمان ، كما رأينا ، تضمن عادة للمشتري كل تعرض من الغير ، ونكفل له تعويضاً كافياً يزيد في كثير من الأحيان على التعويض الذي يحوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال على النحو الذي قدمناه .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ هامش ٤٢ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ - وقد قسمت محكمة النقض بأنه إذا لم يذكر في عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان ، فإن القانون يفرض أن المتعاقدين أرادا ما بينه في مواد . ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين في العقد الشرط الذي ينهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون - أما اشتغال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون . ويكون من المتعين في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه ، لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد (نقض مدى ٣ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦) . وانظر أيضاً استئناف مصر ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٧٠ - استئناف الجزائر ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٢

على أن المشتري قد يزيد في الاحتياط ، فيشترط على البائع ضمان أعمال هي في الأصل ليست داخلة في الأحكام العامة للضمان ، أو زيادة في التعويض الذي يستحقه بموجب هذه الأحكام . مثل ضمان أعمال ليست داخلة في الأصل في الأحكام العامة للضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يرجع عليه بالضمان إذا تراءى ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة (١) ، فزاع الملكية للمنفعة العامة بعد البيع لا يدخل في الأعمال التي يضمنها البائع طبقاً للأحكام العامة في الضمان ، فإراد المشتري ضمان البائع بهذا الاتفاق . وقد لا يزيد المشتري في الأعمال التي يضمنها البائع ، ولكنه يعدل في شروطها بما تترتب عليه زيادة الضمان ، كأن يشترط الرجوع بجميع المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، والأصل أنه لا يرجع بالمصروفات الكمالية إلا إذا كان البائع سيئ النية (٢) . ومثل التعديل في الشروط أيضاً أن يحتفظ المشتري لنفسه بالحق ، عند الاستحقاق الجزئي ، في رد المبيع وأخذ تعويضات كاملة ولو كان الاستحقاق الجزئي غير جسيم ، والأصل ما رأينا أنه لا يجوز ذلك إلا إذا كان الاستحقاق الجزئي جسيماً بالقدر الذي لو علم به المشتري لما أتم البيع . ومثل التعديل في الشروط أخيراً أن يشترط المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلاً متى علم المشتري بسبب الاستحقاق ، والأصل كما قدمنا أن ضمان الاستحقاق لا يقوم إلا إذا وقع التعرض فعلاً (٣) . ومثل زيادة انصاف عن طريق زيادة التعويض أن يشترط المشتري ، عند استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً ، استرداد أعلى القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو الثمن ، والأصل كما قدمنا أنه لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ولو نقصت هذه القيمة عن الثمن .

(١) يبدان ١١ فقرة ٢٢٦ - ويحسن أن تحدد المدة التي إذا تزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة في خلالها وجب الضمان ، وذلك حتى يكون الضمان محدداً فيسهل إعماله (بودوى وسبينا فقرة ٢٩٩) .

(٢) المذكور الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٠٦ .

(٣) أسيكلوبيدى دالوز ، لفظ vente فقرة ١٢٢٠ .

أن يخفيه عن المشتري ، بأن يكون المشتري نفسه عالماً بهذا الحق كالبائع ، ورضى
بإشراط البائع عدم ضمان هذا الحق ، ففي هذه الحالة لا يكون الشرط باطلاً
لأن البائع لم يخف عن المشتري شيئاً . بل قد يكون المشتري غير عالم بحق الأجنبي ،
ولكن البائع لا يعتبر مع ذلك قد كتم عنه هذا الحق إذا كان يعتقد أن المشتري
عالم به عندما اشترط عدم ضمانه لإياه . فلا يكون البائع في هذه الحالة أيضاً قد
تعمد إخفاء حق الأجنبي عن المشتري حتى يبطل شرط عدم الضمان ، ويكون
الشرط صحيحاً . أما إذا كان البائع يعلم بحق الأجنبي ، ويعلم في الوقت ذاته أن
المشتري لا يعلم بهذا الحق ، ثم اشترط البائع عدم ضمانه للحق دون أن يخبر
المشتري بوجوده ، فإنه يكون في هذه الحالة قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ،
ويكون شرط عدم الضمان باطلاً ، ويضمن البائع للمشتري الاستحقاق الناشئ
من ظهور حق الأجنبي بالرغم من هذا الشرط .

وبلاحظ أنه إذا كافى كل من البائع والمشتري عالين بحق الأجنبي وقت
البيع ، لم يكن هذا وحده كافياً للقول بأن هناك شرطاً ضمناً بعد ضمان البائع
لهذا الحق ، فقد يكون الاثنان عالين به ومع ذلك أمل المشتري أن يدفع البائع
عنه تعرض الأجنبي بوسيلة أو بأخرى عن طريق حمل الأجنبي على النزول عن
حقه . فإذا لم يتحقق أمل المشتري في هذه الحالة ، ولم يستطع البائع أن يدفع
تعرض الأجنبي ، فاستحق المبيع كله أو بعضه ، رجع المشتري بضمان الاستحقاق
على البائع بالرغم من أن كلا منهما كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق .
وليس هذا معناه أنه لا يجوز أن يكون الاتفاق على إنقاص الضمان اتفاقاً ضمناً ،
فالانفاق الضمني يجوز كالانفاق الصريح ، وقد يكون علم كل من البائع والمشتري
بسبب الاستحقاق وقت البيع اتفاقاً ضمناً على عدم ضمان هذا السبب ، ولكن
يشترط في ذلك أن يقترن هذا العلم بعلامات وظروف تكون قاطعة في مستخلاص
شرط عدم الضمان ، كأن يراعى وجود حق الأجنبي في تقدير الثمن أو في شروط
البيع الأخرى (١) .

(١) بلائيوا، ميريير ومادل ١٠ - فقرة ١٢٢ من ١٢١ - وقد يشترط الضمان في العقد
ويكون الضمان المأمور به بالاتفاق بسبب الاستحقاق ، ففي هذه الحالة يدل شرط الضمان =

والاتفاق على إنقاص الضمان ، بخلاف الاتفاق على إسقاط الضمان كما سنرى .
يبقى صحيحاً حتى لو كان سبب الاستحقاق آتياً من جهة البائع فيجوز للبائع أن
يشترط عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من رهن هو الذي رتبته على المبيع قبل
البيع ، أو عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من إبطال سند ملكيته للمبيع . لسبب
هو مسئول عنه (١) . ولكن يبطل هذا الاتفاق إذا كان سبب الاستحقاق راجعاً
إلى غش البائع ، إذ لا يجوز للبائع اشتراط عدم مسئوليته عن غشه . فلا يجوز
أن يشترط البائع عدم الضمان للاستحقاق الناشئ من بيعه المبيع مرة أخرى
لمشتري ثان يتقدم على الأول بسبقه إلى التسجيل في العقار أو إلى الحيازة
في المنقول (٢) .

٣٥٨ - خصوصية في مفهوم الاستحقاق : وكان مفتضى القواعد
التي قررناها أن البائع إذا أراد إسقاط ضمانه متى ارتفاق على المبيع ، وجب أن
يشترط عدم الضمان ولا يكفي أن يكون المشتري عالماً بوجود هذا الحق هل

= في العقد - هو أصلاً لا حاجة إليه - هل أن المرص به هو تأمين المشتري من الخطر الذي
يهدده تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق - تضمينات علاوة عن رد ثمن (نقص
مدن أول فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة أحكام النقص ٢ رقم ٦٥ ص ٢٨١) . وقد ثبت أن
المشتري كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاصق بسند البائع ، وأنه أقدم على الشراء مجازفاً وتحت
مسئولته ، فلا يكون له الحق في طلب التضمينات ، ولكن يحق له استرداد الثمن إذا اشتري
ساقط الخيار (نقص مدن ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقص ٥ رقم ٦٥ ص ٤٣٧ -
وأظفر أيضاً استئناف مختلط ١٦ مارس ١٨٩٩ - ١١ ص ١٦٢ - ١٠ يونيو
سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨) ونقض محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المشتري عالماً
بسبب الاستحقاق وقد رد المبلغ الذي يسترده بمبلغ معين ، فلا يحق له استرداد هذا المبلغ في حالة
الاستحقاق (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٠٧ م ٥ ص ٢٧١) .

(١) بودري وسينيا فقرة ٤٠٤ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٣ ص ١٢٣ .
(٢) أوبري ورو ، فقرة ٣٥٥ عاش ٤٥ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ .
أما اشتراط إسقاط الضمان أصلاً - لا مجرد إنقاصه - عن التعرض الصادر من البائع نفسه ،
فقد رأينا أنه غير حائز ، ولو كان الضمان غير ناشئ من عرض البائع بل من عمله فقط (بودري
- سينيا فقرة ٤٠٤) .

المبيع . ولكن الفقرة الثانية من المادة ١٤٥ مدني أفردت حقوق الارتفاق (١) بحكم خاص بها في هذا الشأن ، فنصت كما رأينا على ما يأتي : « ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً . أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » (٢) فيمكن إذن أن يكون المشتري عالماً بحق التفارق قائم على المبيع ، ويكون علمه من طريق معين ، حتى يكون هذا العلم بمثابة اشتراط البائع عدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان . ونرى من ذلك أن حقوق الارتفاق تفارق غيرها من الحقوق في هذه الخصوصية من حيث الضمان ، ففي حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن إما باشتراطه عدم الضمان (٣) وإما بأن يثبت أن المشتري

(١) ويضيف القانون المدني الفرنسي إلى حقوق الارتفاق التكاليف كحق الانتفاع وحق التأجير لكل حق من شأنه أن يقتضي الانتفاع بالعين وإنما يعرضها لتخطر نوع الملكية (بودييه - بيان فقرة ٢٨٨ - بلانكول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨) . ولا يجوز في القانون المصري التصريح ، فقد نصر النص الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به في الحكم أي تكليف آخر كحق الانتفاع أو حق السكنى (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٠ ص ٢٤٥ - ص ٢٥٦ - يحكم ذلك الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٠٠) .

(٢) وتحميل هذه الخصوصية طابع التقاليد القديمة في حقوق الارتفاق ، عندما كان القانون الروماني يجعل البائع لا يضمن حقوق الارتفاق لأن التنظيم الاقتصادي للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق . ولم تقتل هذه التقاليد تماماً ، بل ركزت أثرها في جعل حق الارتفاق الظاهر أو الذي أعلم به البائع للمشتري لا يضمنه البائع (انظر آنفاً فقرة ٢٢٥)

(٣) وإذا اشترط البائع إسقاط الضمان ابتداءً ، وكانت هناك حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها المشتري وقت البيع ، فإن البائع يبقى ملتزماً بضمان ما كان منها ناشئاً عن فعله ، إلا إذا أبان عنه للمشتري . أما إذا أضافها منه ، وكذلك إذا كان يعلم بحقوق ارتفاق غير ناشئة عن فعله ، حقاً عن المشتري (م ١/١٤ مدني) ، فإن الارتفاق على إسقاط الضمان يكون باطلاً (بودييه وبنيان فقرة ٤١٢) . فلا يبقى إذن إلا حالة واحدة إذا كان الواجب لا يعلم بحق ارتفاق من المبيع بركائه لا يعلم المشتري وقت البيع ، فإن اشتراط إسقاط الضمان في هذه الحالة يعني التبرع من المبييضات ، ولكن لا يبريه من رد المقتضى من قيمة المبيع وقت الاستدقاق بسبب جهله بحق الارتفاق .

أما إذا اشترط البائع عدم ضمان حقوق الارتفاق الفقرة فهذا شرط في إنقاس الضمان لا في استثناءه . ومن ثم يصح أن يصل إلى مدى أبعد من شرط إسقاط الضمان . ذلك أن البائع ، إذا كان يضمن في حالة ذلك حقوق الارتفاق الناشئة عن فعله أو التي يبرها أو أضافها من المبيع ، =

قد علم بحق الارتفاق لأنه ظاهر أو أبان عنه البائع ، أما في الحقوق الأخرى فان البائع يكون غير ضامن باشرطه عدم الضمان ولا يمكن إثبات علم المشتري بها عن أى طريق (١) .

== فإنه لا يضمن حقوق ارتفاق لا يملكها هو ، سواء طلبها المشتري أو لم يملكها . فلا يضمن إذن حق ارتفاق يجهله هو والمشتري ، وبين في هذه الحالة حتى من التوفيقات ، وهو لا يضمن من التوفيقات في حالة اشتراط إسقاط الضمان (قارب كولان وكابيتان ٢ فقرة ١١٨) .

(١) ويلاحظ أن قيود الملكية - كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور - ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، فهذه يقررها القانون والمشتري يعرفها أو ينبغي أن يعرفها . فلا يلزم البائع ضمانها للمشتري ، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، وسواء أثبت البائع أن المشتري يعرفها أو لم يثبت ، وحتى لو ضمن البائع غلور المبيع من حقوق الارتفاق (استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧ - بودري وسينيا فقرة ٣٨٧ - دي باج ٤ فقرة ٢٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٣٧ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١ ص ٦٠٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك رقم ٣٥٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ - الأستاذ شحيد على إمام ص ٣٤٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٠٢) ولكنه لا يعتبر هذه الحقوق قيوداً بل ارتفاقات لأنها لا تنشأ إلا إذا طلبها من يريد تقييدها .

والمعقود الناشئة من خط التنظيم تعتبر هي أيضاً قيوداً على الملكية لا يضمنها البائع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع لا يضمن ظهور حقوق ارتفاق طبيعية أوقانونية كحق الارتفاق الناشئ من خط التنظيم ، فهذه الحقوق ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق ، بل هي قيود قانونية المفروض أن المشتري يعرفها (استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٤٤ ص ٣٧ . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - بودري وسينيا ص ٢٤٢ هامش رقم ٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا اشترى شخص عيناً قد صدر مرسوم بترخيص ملكيتها من قبل شرائه أو مرسوم بتعديل خط التنظيم قبل الشراء بحيث يدخل بعضها في الشارع ، فليس له أن يدعى بأن ذلك من حقوق الارتفاق الموجبة لفسخ عقد الشراء (استئناف مصر ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩) . لكن إذا تعدد البائع إخفاء خط التنظيم عن المشتري ليحصل على ثمن أعلى ، فإنه يكون قد غش المشتري ، ويرجع هذا بدعوى التدليس (استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٤ ص ٣٧ وهو الحكم السابق الذكر) .

ومع ذلك فقد قضت أخيراً محكمة مصر الكلية بأن وقوع العقار المبيع في خط التنظيم يعد ميباً خفياً في حكم المادة ١٧٧ مدني ، لأنه ينقص من قيمة المبيع ونفعه بحسب الغاية التي تستخلصها المحكمة من وقائع الدعوى والعرف الجاري وما يستفاد مما هو مبين بالمدعى وطبيعة العقار المبيع والحرص الذي أمد له وهماستماله والانتفاع به بطرق الانتفاع كافة . وليس في استطاعة المشتري إذا فحص المبيع وقت الشراء بعناية الرجل المعتاد أن يبين أن العقار المبيع داخل خط التنظيم ، لأن العيب لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته ، كما أنه لا يمكن مجرد نشر مرسوم خط التنظيم بالمريدة الرسمية لدلالة على علم المشتري أو استطاعته هذا العلم . والمادة ٤٤ مدني تنص على ضمان البائع =

ولكون علم المشتري بحق الارتفاق كافياً لإسقاط ضمان البائع ، يجب كما قلنا أن يكون المشتري قد حصل علمه عن أحد طريقين : (أولاً) من كون حقوق الارتفاق على البيع ظاهراً ، فيستطيع المشتري وقت البيع وهو يعاين البيع أن يرى معالم حق الارتفاق ظاهرة أمامه ، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة ، فمكبرته دليل على رضائه بعدم ضمان البائع (١) . وبمخلص من ذلك أن مجرد ظهور حق الارتفاق بكنى لإسقاط الضمان ، علم المشتري فعلاً بحق الارتفاق أو لم يعلم . (ثانياً) إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهراً ، فيمكن أن يعلم البائع بالمشتري بوجود هذا الحق (٢) . وأيسر هذا الإعلام معناه اشترط عدم الضمان بل هو مجرد إعلام بوجود الحق ، فيصبح المشتري عالماً به ، وسكونه في هذه

= إذا وجد البيع مثلاً بتكليف (charge) وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدراً لمعلمه لما أتم العقد . ومباراة «تكليف» تشمل بمصونها كافة حقوق الانتفاع اتفاقية كانت أو قانونية ، كما أنها تمتد إلى التبريد القانونية التي تمتد من نطاق حق الملكية والمقار الداخل في خط التنظيم يكون مثلاً بتكليف لصحة النفع العام وينطبق عليه حكم المادة ١١١ (مصر الكلية ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ١١٨ من ٩١٦) .

(١) استئناف مخطوط ، عارس سنة ١٨٩٩ م ١٤ م ١٥٣ - لكن إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ومع ذلك فحسن البائع أنه غير موجود أو أن المبيع خال من حقوق الارتفاق ، ألزمه الضمان (برودي رينينا مقرة ٣٨٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي من ٢٤٤ - الأستاذ جميل الشرفاوي من ٢٦٥ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور مقرة ١٨٤) . وإذا كان لمبيع حق ارتفاق ظاهر ، فإن البائع يضمنه وإن لم يفرد بالذكر في عقد البيع . فإذا ثبت أن هذا الحق غير موجود بعد أن كان المالك قد علم بوجود الظاهر ، جاز لمشتري الرجوع على البائع بالضمان (برودي رينينا مقرة ٣٩٠ - من ١٥١ باج ٤ مقرة ١٣٩ - الأستاذ أنور سلطان مقرة ٢٥٩ - الأستاذ محمد علي إمام مقرة ٤٤٦ - الأستاذ عبد المنعم الزمراني مقرة ٣٥٠ - استئناف مخطوط ٢١ مارس سنة ١٩١١ م ٣١ من ٢٩٤ - ٩ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٤٢ من ٢٢٨ - وانظر ملاحظاتي على المسألة مع تجميع هذا الرأي أنسيكاويدي ، الملحق ، لفظ vente مقرة ١٢٠٣) .
نفسه هناك الاستئناف المحذرة بأنه إذا ضمن البائع لمالك المبيع من أي حق ارتفاق ، فظهور الارتفاق من علم المبيع بوعده بالضمان إذا كان المشتري قد علم أنه لا يوجد على جميل الشرفاوي (٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٢٤٩) .

(٢) يجب أن يعلم بوجود حق الارتفاق بالذات ، ولا يمكن التعميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق الارتفاق أو نحو ذلك (بلازول وديير وماندل ١٠ مقرة ٤٠٢ من ٤٠٩ - من ١٠٠) . ولا يرد به شكل تقسيم الالتزامات فموسع أنه يكون شرطاً ، ولكن لم يرفع فيه إلا أنه علم المشتري بوجود حق الارتفاق .

الحالة رضاء ضمنى باسقاط ضمان البائع (١) . ويبدو من صياغة نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني السالف ذكره (٢) أن المشتري يجب أن يحصل علمه من أحد هذين الطريقين أو من كليهما (٣) ، فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المشتري عالماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين ، كأن يعلمه بحق الارتفاق شخص غير البائع أو نائبه ، أو يكون عالماً به من قبل دون أن يخبره به أحد . ذلك أن علم المشتري بحق الارتفاق الذي يترتب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علماً بنطوى فيه معنى إسقاط الضمان . فكون حق الارتفاق ظاهراً كاف في جعل البائع يعتقد أن المشتري يعلم بحق الارتفاق ويرضى فيه باسقاط الضمان . وكون البائع نفسه هو الذي تولى إعلام المشتري به كاف هو أيضاً في اقراض أن هذا الإعلام بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان . أما علم المشتري بحق الارتفاق من طريق آخر ، فلا يتواءم فيه هذا المعنى . ويترتب على ذلك أن حق الارتفاق إذا كان مسجلاً ، ولكنه لم يكن ظاهراً ولم

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع اعتمدت في هذا العدد : « ولإعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من النافع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق فلا ترفع التبرع للمشتري بشئ على البائع . ويقوم مقام إعلام النافع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٠) . ويلاحظ أن العبارات المتقدمة تحمل إعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق يقوم مقام إعلان ، شرط عدم الضمان وعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، كما لو كان الاتفاق على إنقاص الحقوق يقتضى الأمرين معاً . والصحيح أن الذي يقتضى الأمرين معاً هو الاتفاق على إنقاص المبيع . إذ لا عمل مجرد إنقاصه ، وظاهر أن عدم ضمان حق ارتفاق معين هو اتفاق على إنقاص الضمان لا على إسقاطه .

(٢) وهي تختلف عن صياغة المادة ١٦٣٨ مدني فرنسي المقابلة ، ومن ثم جاز في القانون المدني الفرنسي -- وهو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني السالف الذكر -- أن يحصل المشتري علمه بحق الارتفاق من أي طريق آخر (بودوي وسيليا فقرة ٣٨٦ من ٣٩٦ - بلانجيل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ من ١٠٩ - بلانجيل وريبير وبولانييه ٢ فقرة ٣٨ - ٢) . فان دى باج ٤ فقرة ١٤٣ .

(٣) أنظر من هذا الرأي الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٤٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٣٠٤ (مع تحفظ في أن العلم بحق الارتفاق يحرم من التعويضات) . وأنظر عكس ذلك : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ و ٢٤٢ و ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٣٦ هامش رقم ٢ .

(٤٤٠ - البسيط ج ٤)

يعلم به البائع المشتري ، فإن مجرد تسليمه لا يستخلص منه علم المشتري به العلم
الواجب لإسقاط ضمان البائع ، فالتم بشرط البائع عدم ضمانه لحق ارتفاق مسجل
لزمه الضمان (١) .

٣٩٥ - الارتفاق على إسقاط الضمان : وقد يصل البائع إلى حد أن
بشتر على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً (٢) ، فلا يكون البائع

(١) الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٤١ ص ٢٩٢ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٣٤٥ -
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ - الأستاذ جميل الشراوى ص ٢٣٦
هامش ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر ازي فترة ٣٠٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور
ص ١٨٦ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي
فترة ٣٥٩ ص ٢٥٨ - ومع ذلك إذا وجد شرط في البيع يقضى باحترام المشتري لحقوق
الارتفاق الخفية ، دخل ضمن هذه الحقوق حق ارتفاق مسجل ولو لم يعلم به المشتري . وقد
قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدين المزروع ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة
عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار الخدم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ،
وفضلاً عن ذلك تضمنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراعي عليه المازاد احترام حقوق
الارتفاق الظاهرة والخفية ، فإن تمخض هذا الأخير بحسن نيته وادعاء عدم علمه بوجود هذا الحق
يكون غير متيح (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦
ص ٩٦٩) .

وفي القانون الفرنسي ، الذي هو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني كاقدمنا ، يوجب أكثر
الفهاء إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق لا يستخلص منه علم المشتري به ولا يسقط حقه
في الرجوع بالضمان : نوزان ٢٤ فترة ٢٦٩ - جيواري ١ فترة ٤١٠ - أوبري ورو
فترة ٣٢٠ هامش ٥٢ - بوردو وصينيا فترة ٣٨٦ ص ٢٩٦ - بلانيول وديجير وبولانجي
فترة ٢٤٣٩ - جوسران ٢ فترة ١١٠٩ . وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية
(٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ بالوز الانقاضي ١٩٤١ - ١٠٧) ، ولكن يذهب بعض الفقهاء
إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق يفرض علم المشتري ويسقط حقه في الضمان (بلانيول
وديجير وهامل ١٠ فترة ٦٩١ - كولان وكابريان ٢ فترة ٩٠١) . ويقول بعض آخريه
مع التسليم بذلك بأن حق الارتفاق المسجل ينعش مزاياه من المشتري ولو لم يعلم به فعلاً ، فإنه
يجب استثناء ما بين من هذه القائمة : (١) حقوق الارتفاق الناشئة من تخصيص رتب الأسرة ،
فإنه لا يسري . (٢) حق الارتفاق لم يسجل إلا بعد البيع وإن كان قد سجل قبل تسجيل البيع ،
فإنه لا يكون معلوماً من المشتري ومع ذلك يكون نافذاً في حقه فيضمنه البائع بالرغم من تسجيله
(بيان ١١ فترة ١٩٨) .

(٢) وبشرط إسقاط إيمان التعرض للمصادر من الغير أن يشترط البائع أنه غير مسئول
إلا من الغير من المصادر من المدين (بلانيول وديجير وهامل ١٠ فترة ١٣٢) .

مسئولاً إذا استحق المبيع كله أو بعضه . وقد رأينا (١) أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان (٢) على هذا النحو ، فإنه يبقى مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١/٤٤٦ مدنى) ولكن هل يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع نفسه ؟ .

تجيب الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدنى على هذا السؤال ، أولاً ، بأن هذا الاتفاق يكون باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبى يعلم أنه موجود وقت البيع . فإذا كان البائع يعلم مثلاً أن المبيع عليه حق لمرتفاق خفى لعقار مجاور ، فيكتمه عمداً عن المشتري ، ثم يشترط إسقاط الضمان إطلاقاً دون أن يذكر سبباً معيناً للاستحقاق ، ثم يتبين بعد البيع أن المبيع عليه حق ارتفاق م يعلمه للمشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان وعلمه البائع بل هو قد أخفاه عمداً عن المشتري ، فإن البائع يضمن للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور هذا الحق رغم اشتراط البائع إسقاط الضمان .

وتجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدنى على هذا السؤال ، ثانياً ، بأنه إذا اشترط البائع إسقاط الضمان واستحق المبيع دون أن يتعمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري ، فإن البائع يبقى مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٣) بالرغم من شرط إسقاط الضمان . فيكون هذا الشرط بمجرد ، لا يعفى البائع إلا من المسئولية عن التعويض ، أما المسئولية عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق فتبقى دون أن يؤثر فيها هذا الشرط (٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٦ .

(٢) المراد بعدم الضمان هنا هو إسقاط الضمان . وهذا بخلاف عبارة « عدم الضمان » الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى ، فإن المراد بها إنقاص الضمان لا إسقاطه (أنظر الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١) .

(٣) ولم تذكر المادة ٢/٤٤٦ مدنى الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٤٣٣ مدنى ، ويبدو أن الفوائد تدخل في التعويضات فأغفلها النص عمداً (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى ص ١٩٤ هامش ١) .

(٤) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩١٤ كترائى ٢ رقم ١٩٢ ، س ١٨٠ - وإذا كان الاستحقاق جزئياً ، ولم يكن جسيماً أو كان جسيماً ولكن المشتري اختار استيفاء المبيع ، =

وتجيب العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدنى على هذا السؤال ، ثالثاً ، بأنه إذا أراد البائع - الذى لم يتعمد بطبيعة الحال إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري - إعفاء نفسه ، لا فحسب عن التعويض ، بل أيضاً من قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلا يكتفى أن يشترط إسقاط الضمان ، بل يجب أيضاً أن يثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق (١) ، أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى علماً بأن البيع احتالى وقد أقدم عليه مخاطراً (٢) . ففى هاتين الحالتين - حالة شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وحالة شرط إسقاط الضمان مع قبول المشتري البيع ساقط الخيار - يكون من الواضح أن البيع عقد احتالى أقدم عليه المشتري محتملاً خطره ، وقد روعى ذلك بطبيعة الحال فى تقدير ثمن المبيع . وعند ذلك إذا استحق المبيع ، لم يكن البائع مسئولاً نحو المشتري عن شئ (٣) . ولا يشترط فى إعفاء البائع من الضمان على هذا النحو

= فلا يسترد المشتري قيمة البيع وقت الاستحقاق ، بل يسترد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب هذا الاستحقاق الجزئى (الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٦٧ مائش ١) .

(١) استئناف وطنى ١٧ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧٩ ص ١٥٥ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ - ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٦ ص ١٠٨ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٢/٣٠٠ ص ٤٢٨ - استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ - ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٢٢٠ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٤ - ٢٥ يوفية سنة ١٩٣٥ م ٧ ص ٣٩١ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٩٠ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٢٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٤١ ص ١٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ م ٤١ ص ٢٠٧ .

ويستوى أن يكون البائع نفسه عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق أو غير عالم بذلك (بودرى وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧) .

(٢) استئناف وطنى ١٢ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٩١ ص ١٦٧ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويكون البائع غير مسئول عن رد ثمنه ما إذا ذهب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشتري بسبب الاستحقاق أو سرازه ساقط الخيار ، لأن البيع فى هذه الحالة يكون مفقداً احتالياً » (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٠٦) - وقد كان هذا هو الحكم فى عهد التقنين الذى السابق : استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٤ ص ١٤٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٨ ص ٢٤٤ - مايو =

الشرط لخاصته ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مؤقتاً بعبارة أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، بل يكفي في ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحاً فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقداً احتمالياً . وأنه في حالة استحقاق البيع لا يكون البائع مسؤولاً عن شيء . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، كما يذكر المشتري أنه لا يرجع حتى بقيمة البيع ، أو يذكر صراحة أنه لا يريد شيئاً من الخيار أو نحو ذلك . بل يجوز أن يكفي المتبايعان بذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، دون أن يذكر شرط إسقاط الضمان (١) . ذلك أن شراء المشتري ساقط الخيار يفترض حتماً شرط إسقاط الضمان ، أما شرط إسقاط الضمان فلا يفترض حتماً أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار (١) .

== سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٢١٦ - ١٧ يولية سنة ١٩٢٠ م ٢٢ من ٣٥٧ - ٩ نويلير سنة ١٩٢٠ م ٣٣ من ٩ - ١١ ماير سنة ١٩٢١ م ٣٢ من ٣٤٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف بأن من حق المشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يدل على أن الخيار في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الأجنبي حتى يتعاون معه في دفع الدعوى ، فإذا حكم القضاء بالزم من ذلك لم يكن للمشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع (١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ من ٤٢) . ويجب على كل حال ، في حالتى شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وشرط قبول المشتري الشراء ساقط الخيار ، أن يكون البائع حسن النية ، أى يكون قد أطلع المشتري على كل سبب يعلمه يحتمل أن يكون مصداقاً للاستحقاق (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٢٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١١٣) .

(١) بودرى وسيبيا لقطة ٤٠٩ من ٤١٧ - الأستاذ متضرر مصطفى منصور من ١٩٠ - قارن الأستاذ أنور سلطان لقطة ٢٦٤ .

(٢) ولا يكون إسقاط الضمان أن يكون المشتري مالئاً بسبب الاستحقاق وقت البيع ، دون أن يكون هناك شرط بعدم الضمان (بودرى وسيبيا لقطة ٤٠٩ من ٤١٧ - من ٤١٨) .

هذا وقد نصت المادة ٤٩٠ من المرافعات على أن : كل شرط في قائمة شروط البيع يقتضي عدم ضمان الاستحقاق أما بأن يكون الشرط ساقطاً للخيار لا يقتضي عليه إلا الإبقاء على العقد من غير أن يرد الثمن . وهذا النص يوافق الأحكام التي قد أقرها المحققون : (أولاً) شرط عدم ضمان الاستحقاق وحده لا يرد الثمن ، وإنما يقتضي من ساقط البيع وقت الاستحقاق . (ثانياً) شراء المشتري ساقط الخيار كان من الواجب أن يفتي بأنه من الاستحقاقات ، كما قلنا ، أنه نص نفس المرافعات لم يصدق بعدم مسؤولية المشتري في العقد . ولكننا لم نذكر ذلك لأننا لم نذكر أن نص المرافعات لم يصدق بعدم مسؤولية المشتري في العقد (لقطة ٣٢١) ، بأن الأحكام الواردة في المرافعات المرفوعة في الدعوى وما بين المرافعات وما بين الدعوى ، ولا سيما في قول القاضى عليه السلام : ...

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية

وفوات الوصف

٣٦٠ - **فصلية صيانة العيوب الخفية :** وضمان العيوب الخفية ،

كضمان التعرض والامتحاق ، يتميز بنقومات ذاتية وخصوصية تجعله ليس تطبيقاً محضاً للقواعد العامة . فقد كان من الممكن الاستغناء عن كثير مما ورد من النصوص المتعلقة بهذا الضمان والاكتفاء بتطبيق القواعد العامة إذا ظهر عيب خفي مؤثر في المبيع كان موجوداً وقت البيع ولم يكن المشتري عالماً به . فيقال عندئذ إن البائع لم يحم بتنفيذ التزاماته ، فمن المفروض أن البائع قد التزم بأن ينقل إلى المشتري لا ملكية المبيع فحسب ، بل أيضاً حيازة مفيدة تستجيب للغرض الذي أعد له المبيع . فظهور عيب خفي مؤثر في المبيع ، من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للغرض الذي أعد له ، يكون إخلالاً بالتزام البائع ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع . بل يمكن القول أيضاً إنه ما دام هذا العيب المؤثر كان موجوداً وقت البيع وكان المشتري لا يعلمه ولو علمه لما أقدم على الشراء ، فان للمشتري أن يطلب إبطال البيع لغلط جوهرى في المبيع .

ولكن دعوى ضمان العيوب الخفية تتميز عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال للغلط ، كما تميزت دعوى ضمان التعرض والامتحاق عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال لوقوع البيع على ملك الغير . وسنرى أن هذه الدعوى لها شروطها الخاصة بها ، وأنه يترتب عليها أحكام خاصة تستبعد فكرة الفسخ وفكرة الإبطال

= يرجع على الدائنين بالتأمين على قاعدة الإثراء بلا سبب ، ولا يفهم شرط عدم الضمان أو إقرار المشتري أنه اشترى سائط الخيار (إلا من التضمينات) ، أما أحكام التقنين المدنى فتبقى سارية فيما بين الراى عليه المازاد والبائع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٥ والأستاذ منصور سلطان منصور ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

ونجعل التعويض فيها بعداً عن أن يكون محض تطبيق للقواعد العامة . وسنرى أن من أبرز ما يميز هذه الدعوى أنها لا تجوز في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد (م ٤٥٤ مدني) ، وأنها تسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢ مدني) . وسنعتقد في آخر هذا المبحث موازنة بينها وبين ما يقرب منها من النظم القانونية كإبطال للغلط أو للتدليس والفسخ لعدم التنفيذ .

والسبب في تميز دعوى ضمان العيوب الخفية بمقوماتها الخاصة يرجع ، كما رأيناه يرجع في تميز دعوى ضمان التعرض والاستحقاق ، إلى تقاليد تاريخية تمت بأوثق الصلات إلى القانون الروماني . فقد كان في روما موظفون في الدولة (*Ediles curules*) يعهد إليهم في ضبط المعاملات التي تقع في الأسواق العامة . فعنوا ، فيما عنوا به ، بالتعامل في الحيوان وفي الرقيق . فقد كانت العيوب فيها شائعة يسهل إخفاؤها ، وكانت الأباذي تتداولها . فأوجبوا على البائع أن يعلن ما في المبيع من عيوب ، وجعلوا للمشتري إذا عثر على عيب لم يكشف عنه البائع دعويين : (١) دعوى رد المبيع على البائع (*actio redhibitoria-action*) (*redhibitoire-redhibere : reprendre*) ، وهي دعوى جنائية برد بها المشتري المبيع على البائع ويسترد منه ضعف الثمن الذي دفعه له . (٢) ودعوى إنقاص الثمن (*actio aestimatoria, quanti minoris-action estimatoire*) ، وبها يسترد المشتري من البائع بعض الثمن الذي دفعه في مقابل العيب الذي كشفه إذا أراد استبقاء المبيع (١) . وكان المشتري بالخيار بين هاتين الدعويين ، على أن يختار بينهما في مدة قصيرة بضع من شهور ، إذ كانت سرعة التداول في الحيوان تجعله ينتقل من يد إلى يد فيعسر على البائعين المتعاقبين أن يكشفوا عما في الحيوان من عيوب حتى يعلنوا بها المشتري ، هذا إلى الخشية من مزاعم الشرائين المهربين في المبيع بالعمى وجودهما بعد مدة طويلة فتتبدل معرفة مصدرهما . ثم أنه هذا الجزء من بيع الحيوان والرقيق إلى بيع السلع الأخرى ، فتميز عم في العهد

(١) بندان ١١ - فقرة ٣١٧ - كولين وكايناه ٢ - م ١٤١ .

جوستنيان (١) . فأصبح بذلك لضمان العيوب الخفية مقومات خاصة انتقلت من القانون الروماني إلى التشريعات الحديثة (٢) لمسايرتها لضرورات التعامل ، فالمدة القصيرة التي يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان تستجيب لضرورة استقرار التعامل حتى لا بدعى المشتري العيب في المبيع بعد انقضاء وقت طويل بتعذر معه التعرف على مصدر العيب ، والخيار الذي أعطى للمشتري يستجيب لحالة ما إذا أراد المشتري استبقاء المبيع بالرغم مما لحقه من العيب فيكون من حقه إنقاص الثمن (٣) .

٣٦١ - شمول ضمان العيوب الخفية : وضمان العيوب الخفية ، كضمان

التعرض والاستحقاق ، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الانتفاع ، وبخاصة إذا كان من عقود المعاوضات . ذلك أن من ينقل الملكية أو الانتفاع إلى شخص آخر يجب عليه أن ينقل حيازة

(١) ويقابل هذا الذي حدث في القانون الروماني ما يعرف في الفقه المالكي بالعهدة ، فيفترض أن العيب إذا حدث عند المشتري في مدة معينة يكون كامناً في المبيع وقت أن كان في يد البائع ، فيحمل البائع عهده ويكون مسئولا عنه . قال ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٦) : « أفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهائها الأمصار ، وسلفه في ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة عند المشتري ، وعهدة السنة وهي عن العيوب الثلاثة الجزام والبرص واجنون فاحدث في السنة من هذه الثلاثة بالبائع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري ، إلا من الأدواء الثلاثة . وهذه العهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضاً واقعة في أصناف البيوع في كل ما قصد منه الماكسة والمماكرة وكان يباع لا في الذمة . وهذا ما لا خلاف فيه في المدعب » (مصادر الحق في الفقه الإسلامي المصنف ٤ ص ٢٧٣ هامش ٢) .

(٢) فانتقلت - عهدا التفتينين المصري والفرنسي - إلى التفتينين الإيطالي للقديم (م ١٤٠١ وما بعدها) ، وإلى التفتينين الأسباني (م ١٤٨٦ وما بعدها) ، وإلى تفتينين الالتزامات السويسري (م ١٩٧٧ وما بعدها) ، وإلى التفتينين الألماني (م ٤٩٠٠ وما بعدها) .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٤ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٠ وفترة ٨٩٣ ص ٥٩٨ .

٣٦٢ - المسائل التي يقارنها البحث : ونجرب في بحث ضمان العيوب الخفية كما جرينا في بحث ضمان التعرض والاستحقاق ، فننظر متى يقوم الضمان ، وما يترتب على قيامه ، والاتفاق على تعديل أحكامه ، ونضيف إلى ذلك تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية الأخرى .

١٩ - متى يقوم ضمان العيوب الخفية

٣٦٣ - مسائل أربع : ونجرب هنا أيضاً على النحو الذي جرينا عليه في ضمان التعرض والاستحقاق ، فنبحث : (أ) العيوب الموجبة للضمان . (ب) المدعى في الضمان . (ج) الدائن في الضمان . (د) البيع الذي ينشئ الضمان .

٣٦٤ - ١ - العيوب الموجبة للعصامة - النصرة القانونية :

نفس المادة ٤٤٧ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمّد إخفاء العيب غشاً منه .

= ويدع بلانيول في هذا التعليق إلى وجوب صريان هذه الأحكام لا في عند البيع فحسب ، بل أيضاً في كل العقود الأخرى إذا كانت عقود معاوضة ناقلة للملكية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١١٠ ملاحظ ١) .

وتنص المادة ٤٤٨ على مايلي :

٥ لا يضمن الرابع عيباً جرى النكاح على التامع فيه (١) .

وتقابل هذه القيود في الضيق المالي السابق المراد ٣٨٧/٢١٣ و ٣٢٠
و ٣٩٤ و ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ (٢).

(۱) تاریخ الضموم :

م ١٤٧ : ورد هذا النص في المقتصرين الأول والثانية من المادة ٩٢، وفي المادة ٩٤ من المشروع التمهيدي، على الوجه الآتي : م ٩٢ : ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في البيع ، وقت التسليم ، الصفات التي قرر البائع أنها موجودة فيه ، أو إذا كان البيع يجب ينقضي من نيته أو من نفعه ، حسب ما قصد إليه المشتري ، كما هو مبين في العقد ، أو كما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو من الغرض الذي أعد له هذا الشيء . ٢ - ويضمن البائع هذا العيب حتى لو لم يكن مائناً بوجوده . م ٩٤ : ١ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كانت للمشتري يعرفها وقت البيع ، أو التي مر بها عند الفرز إذا كان البيع من المثليات . ٢ - وكذلك لا يضمن البائع شيئاً كان المشتري يستطيع أن يكتشفه بنفسه لو أنه فحص البيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت للمشتري أن البائع قد أكد له نفاذ البيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تمتع بمعاملة العيب عن نيت منه . وعلى لجنة الرابطة أذيت المادتان في مادة واحدة لأن الثانية تشكل ضرورية للأول ، وأبجريت بعض تعديلات لفظية وعبارات المادة رقمها ١٦٠ في المشروع النهائي . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ بعد تعديل الفقرة الأخيرة منه أن استبدال عبارة « بما ينبغي من العناية » الواردة في الفقرة الثانية بعبارة « بما يجب من العناية » بالعبارة « بما يجب من العناية » ، بصار للنص مطابقاً لما استقر عليه في الكتبتين المدققتين بالبريد وأصبح رقمه ١٤٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلت بلبت (مجموعة الأعمال التشريعية) ص ١٠٩ (من ١١١ - من ١١٢) .

ج ٤٤٨ : ورد هذا النص في المادة ١٠٣ الفقرة الثالثة من المرسوم التمهيدى لمؤامره بطلب
ما استقر عليه في التفتيش الذى الجريد ، واتخرج فى لجنة المراجعة فصل هذه الفقرة الثالثة من
المادة ٩٣ ، لأنها تقيد علما مستقلا ، تراقت اللجنة على ذلك ، وأصبح رقم النص الممثل
المادة ٤٦١ فى المرسوم التام ، ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٨
(مجموعة الأعمال التشريعية ٤ من ١١٢ - ١١٤) .

(٢) الضيق المادي السابق م ١١٢/٢٨٦ : كانج غسان اشترى العيوب الخفية في المبيع
(٣) كانت الضيق المادي المبيع اشترى ، أو جمال المبيع غير صالح لاستعماله فيما أمكن .
م ٢١٠/١٩٩ : لا يوجد له المبيع إذا كان المبيع ، فالحال أو لم يزل المبيع ، أو لم يزل .
م ٢١٧/٢٩٨ : لا يوجد له المبيع ، أو لم يزل المبيع ، أو لم يزل المبيع ، أو لم يزل المبيع .
المبيع المبيع ، أو لم يزل المبيع ، أو لم يزل المبيع ، أو لم يزل المبيع .
في المبيع وقت ، أو لم يزل المبيع ، أو لم يزل المبيع .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤١٥ - ٤١٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٦ - ٤٣٧ -
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٨ - ٥٥٩ - وفي تقنين المورجات والعقود
اللبناني المواد ٤٤٢ - ٤٤٥ و ٤٦٠ (١) .

= (لا فرق في الأحكام ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا بعضاً من الفروق أهمها
ما بيته المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآت : (١) اتخذ التقنين الجديد معياراً
مادياً في تحديد ما إذا كان العيب مؤثراً ، أما التقنين المدني السابق فالمعيار فيه تارة مادي (عدم
صلاحية المبيع لما أعد له) وطوراً ذاتي (نقص القيمة التي اعتبرها المشتري) . (٢) ينقص التقنين
السابق أن يحدد معنى خفاء العيب تحديداً كافياً ، أما التقنين الجديد فقد بين ذلك في وضوح .
(٣) زاد التقنين الجديد على التفصيلات الهامة ، فذكر أنه يكفي لاعتبار العيب مؤثراً أن يخلو
المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه ، ونص على أن العيب لا يكون مؤثراً إذا كان قد
جرى العرف على التسامح فيه ، وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعده إخفاءه
يحملة ضامناً للعيب حتى لو لم يكن خفياً مادام المشتري لا يعلمه : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤
ص ١١١ - يضاف إلى هذه الفروق الثلاثة فرق رابع هو أن التقنين السابق اعتد في وجود العيب
بوقت البيع في حين المعينة بالذات وبوقت التسليم في حين غير المعينة إلا بالنوع ، وهذا لا يصح
إلا في قانون كالفانون الفرنسي يجعل تمة تميم المبيع قبل التسليم على المشتري لا هل البائع ،
أما حيث تكون تمة التعيب قبل التسليم على البائع كما في قانون المصري فالواجب ضمان البائع
لعيب متى وجد قبل التسليم ولو في حين المعينة بالذات ، وهذا ما نص عليه صراحة التقنين الجديد) .
(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٥ - ٤١٦ (مطابقتان
المادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
عمرة ١٩٦ - فترة ٢٠٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٦ - ٤٣٧ (مطابقتان للمادتين ٤١٧ : ٤١٨ مصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٥٨ : ١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً
إن شاء رده وإن شاء قبله بنصفه المسمى . ٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار
وأرباب التجارة أو ما يعوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه . ويكون
قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .
م ٥٥٩ : لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه
أو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلوه المبيع من هذا
العيب أو أخفى عنه العيب غشاً منه .

(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنين المصري والعراقي - أنظر في لقانون المدني
العراقي الأسس - المجلد القانون فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤١ - الأستاذ عباس حسن الصراف
عمرة ١٩٧٧ - فترة ٢٠٢) .

ومخلص من هذه النصوص أن العيب في المبيع حتى يوجب الضمان يجب أن يتوافر فيه شروط أربعة : (١) أن يكون مؤثراً (٢) وأن يكون قديماً (٣) .
يكون خفياً (٤) وأن يكون غير معلوم للمشتري (١) .

٣٦٥ - (١) يجب أنه يكون العيب مؤثراً - والعيب المؤثر له، يجب للضمان هو العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع ، فعبارة العيب هنا موصري محض (٢) . وتزداد موضوعية المعيار وضوحاً بالرجوع إلى الضوابط التي وضعها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني ، فإن النص يشترط كما رأينا أن يكون بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو

= تقنين الموجبات والمفرد البنائي م ٤٤٢ : يضمن البائع عيوب المبيع التي تنقصت نفعاً محسوساً أو تجله غير صالح للاستهلاك فيما أمده بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع . أما العيب الذي لا تنقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به إلا نفعاً خفيفاً ، والعيوب المتسامح بها عرفاً فلا تستوجب الضمان . ويضمن البائع وجود الصفات التي ذكرها هو، أو اشترطه في بنائه وجوداً . م ٤٤٣ : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات الثلافة اليابس ، فالبايع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنتها صراحة أو كان العرف المحل يوجب عليه هذا الضمان .

م ٤٤٤ : إذا انعقد البيع بحسب نموذج ، فالبايع يضمن وجود صفات النموذج في انبشاء المبيعة . وإذا هلك أو ناله عيب ، فعلى المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه . م ٤٤٥ : لا يضمن البائع إلا العيوب الموجودة وقت البيع إذا كان المبيع عيناً معينة كالشاة أو وقت التسليم إن كان المبيع مثلياً وقد بيع بالوزن أو بالقياس أو بحسب الرسم . م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولاً حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .
(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنينين المصري والبناني) .

(١) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ الحامدة ٤ رقم ٧٠٠ ص ٩٢١ - والمشتري هو الذي يقع عليه عبء إثبات توافر هذه الشروط ، وهي كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ويدخل في ذلك البيئة والقرائن ، وبخاصة رأى الخبراء الفنيين (لوران ٢٤ فقرة ٢٨٦ - أوبري دروه فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٣ - بلانيول ورييرو هامل ١٠ فقرة ١٢٨ ص ١٤٢ - أنسكلويدي دالوز ه لفظ vice Réd. فقرة ٩٠ - فقرة ٩٧ - الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ٣٤١) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١١١٩ .

مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، (١) .
 فالعيب إذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية ، أو من نفعه
 المادى ، وقيمة الشيء ونفعه أمران متميزان . فقد ينقص العيب من قيمة الشيء
 دون أن ينقص من نفعه ، كما إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض
 المقصودة ولكن بها عيب خفى في المقاعد أو في النطاء أو في غير ذلك من أجزائها
 مما لا يؤثر مطلقاً في صلاحيتها للسير والوفاء بجميع الأغراض المقصودة منها ،
 فإذا كان هذا العيب مؤثراً بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصاً محسوساً كان
 للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى . وقد ينقص العيب من نفع
 الشيء دون أن ينقص من قيمته ، كما إذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب
 خفى يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها
 لا تزال محتفظة بقيمتها المادية ولو كان هذا العيب معروفاً لما قلل من هذه
 القيمة . فإذا كانت المنفعة التي تفوت المشتري بهذا العيب من المنافع المقصودة (٢) ،
 كان له أن يرجع بضمان العيب الخفى . وتحديد المنافع المقصودة من المبيع معياره
 أيضاً موضوعي محض ، ويستفاد من أمور ثلاثة بينها الفقرة الأولى من المادة
 ١٤٤ مدنى : ما هو مبين في العقد ، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو
 الغرض الذى أعد له .

فقد يحاط المشتري ويبين في عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع ،
 فيجب عندئذ أن تعتبر هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة من المبيع ، فإذا
 كان بالمبيع عيب خفى يحل بأية منفعة منها إخلالاً محسوساً كان للمشتري الرجوع
 على البائع بضمان العيب الخفى ، وليس من الضروري أن تكون المنافع المذكورة
 في العقد هي المنافع المألوفة ، فقد يشترط المشتري على البائع منافع أخرى قصد

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ويرجع في تقدير ذلك إلى معيار مادي
 من شأنه أن يحدد المتعاقدين كما هو مبين في العقد - أى الإرادة الظاهرة - وإلى طبيعة الشيء ، وإلى
 الغرض الذى أعد له - فيعتبر أن هناك عيباً مؤثراً إذا خلا المبيع من صفة تقرر البائع أنها موجودة
 فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) .

(٢) وقد تكون المنافع كالمالية ولكنها تكون مع ذلك مقصودة (أنسيكلويدى دالوز) لفظ
 Vice Réel - فقرة ١٨ - وتارة أخرى ورو دفقرة ٢٥٤ مكررة من ٨٢ - بلانكي وريبير
 ومولانيه ٢ فقرة ١٢٧٨) .

إليها فكفلها له البائع في عقد البيع ، كما إذا اشترط المشتري أن تكون السيارة المبيعة يسير عليها السير في الطريق غير الممهدة أو أنها تصل إلى سرعة أعلى من السرعة المألوفة أو أنها لا تستهلك من الوقود إلا قدر معيناً ، فإذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ولو لم يكن خلل المبيع من هذه الصفات هو في ذاته عيب بحسب المألوف في التعامل بين الناس ، مادام البائع قد كفل للمشتري هذه الصفات (١) . وهذا ما يدعى في الفقه الإسلامي بخيار غوات الوصف المرعوب فيه ، وقد نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني حين قالت : « إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه » . وليس من الضروري أن تكون الصفات التي كفلها البائع للمشتري المذكورة صراحة في عقد البيع ، بل يمكن ذكرها ضمناً ، فالبيع بالعينة (échantillon) أو البيع طبقاً لنموذج (type) معروض به أن يكون المبيع مطابقاً للعينة أو للنموذج ، فإذا اختلفت المطابقة كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ويرجع وجود العيب في هذه الحالة إلى اختلال الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمناً بالبيع طبقاً لعينة أو لنموذج (٢)

(١) أنصر مع ذلك في التمييز بين العيب بمعنى الآفة الطارئة على المبيع وبين تخلف شرط كفالة البائع ، وي أن تخلف الشرط حالة مستقلة لا تعدو أن تكون إخلالاً بشرط العقد ولكن المشرع أحرى عليها أحكام العيب الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ٢١٥ - ص ٢١٩ .
(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٢ - وقارن استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٠ ص ٣٨٥ .

ويرى من ذلك أن العبرة في العيب المؤثر بالفرض الذي أعد له المبيع ، ويستفاد هذا الفرض من اتفاق المتعاقدين . وليس المقصود أن يمتد في نقد العيب المؤثر ، بالصفات الجوهرية التي دخلت في اعتبار المتعاقدين كما هي الحال في الخلط ، فهذا معيار ذاتي ويشتمل مع فكرة الخلط . فلو أن الصفة الجوهرية التي كانت محل اعتبار أحد المتعاقدين لم تكن محل اعتبار المتعاقدين الآخر ، بل كان هذا يعلم بالخلط الذي وقع فيه المتعاقدين الأول ، فلا تزال هذه الصفة الجوهرية — وهي أمر نفسي — مستنداً لها في الخلط ويكون العقد قابلاً للإبطال . أما في العيب المؤثر بالفرض الذي يستمد من العقد يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ولا يمكن أن يكون هو غرض المشتري وحده ولو علمه البائع ولكن لم يتفق معه عليه ، فالعيب هنا موضوعي لا ذاتي (قارن الأستاذ جيل لبرتاوي ص ٢٧٥ هامش ١)

فاذا لم يذكر المتبايعان شيئاً - لا صراحة ولا ضمناً - عن المنافع المقصودة من البيع ، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع إلى طبيعة الشيء . فاذا كان البيع دار للسكنى ، أملت لمبيعتها الأغراض المقصودة منها ، فاذا كان بها عيب يخل بشئ من هذه الأغراض إخلالاً شديداً رجعت المشتري على البائع بالضمان . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، فإن طبيعتها تحدد المنافع المقصود منها ، فلا يشترط أن تكون صالحة إلا للمحصولات العادية ، فاذا وجد بها عيب يخل بهذه المنافع وجب على البائع الضمان . وإذا كان المبيع منجراً ، فطبيعته أيضاً تحدد المنافع المقصودة منه ، ولا يكون المنجر صالحاً للغرض الذى أنشئ من أجله إلا إذا كان مستقراً فى مكانه ، فاذا تبين أن إيجار المكان الذى أقيم فيه المنجر مشوب بعيب وطلب المالك إبطاله ، كان هذا عيباً خفياً فى المنجر يوجب الصمان (١) . وإذا كان المبيع حقاً شخصياً مكفولاً برهن ، وكشف المشتري المحال له عن أن الرهن غير مفيد أو عن أن قيده لم يحدد ، كان هذا عيباً خفياً فى المبيع يتلأم مع طبيعته . فطبيعة الشيء إذن هى التى تملئ المنافع المقصودة منه ، وهى التى تحدد العيوب التى تملئ بهذه المنافع . فاذا كان المبيع شيئاً مادياً كانت رتب مادية ترجع إلى طبيعة البيع ، وإذا كان شيئاً معنوياً رجعت العيوب أيضاً إلى طبيعة المبيع وصارت شيئاً معنوياً (٢) .

(١) ولكن لا يعتبر عيباً مؤثراً ، فى بيع عقيدية ، أن يجد المشتري بعض الديون التى للعقيدية فى ذمة الغير مسددة دون أن تكون هذه الديون المسددة قد دخلت فعلاً فى الخزانة ، لا سيما إذا ثبت أن البائع ، وهو وارث صاحب العقيدية ، لا علم له بصورية هذا السداد وأنه قد حساب الشئ قد انتفع نسبة معينة من إيراد العقيدية فى تغير مصروفات التحصيل والخسائر (استئناف مختلف ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٨٢) .

(٢) فالغور التى يتبين أنها لم تنتج تكون مشوبة بعيب خفى ، وقد يتبين ذلك من مضاهاة الأراضى الزراعية المجاورة التى أنتجت فيها بلور من نوع آخر وقد نرست فى جميع الأراضى على نمط واحد (بودرى وسينيا فقرة ٢٥ مكررة رابعاً) . ويعتبر عيباً خفياً فى السندات أن يتبين أنها استهلك قبل شرائه ، أو أن الشركة التى أصدرتها باطلة أو صفيت (بودرى وسينيا فقرة ٢٦ وفقرة ٣٩ مكررة ، وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ٥١٥) ، ونرى المنجر أنه صحت وبصحت (الأستاذ محمد إمام ص ٢٨٠) أو ما عت سمعت (الأستاذان أحمد محمد الملال وحامد زكى ص ٣٩٧ هامش ١) . وإذا كان البيع بغضاً يشوبها عيب فى العينة ، =

وقد يخصص من طبيعة الشيء الغرض الذي أعد له هذا الشيء ، فيرجع إلى هذا الغرض لتحديد المنافع المقصودة من المبيع والعيوب التي تخل بهذه المنافع . فإذا كان المبيع فرساً حددت طبيعته كما سبق القول الأغراض المقصودة ، فإذا كان الفرس معداً للسباق واشترى المشتري على هذا الاعتبار ، فإن الغرض الذي أعد له الفرس يخصص المنافع المقصودة منه وهي أن يكون صالحاً للسباق . فإذا تبين أنه غير صالح له كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان ، ولو كان الفرس صالحاً لجميع الأغراض الأخرى . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية أعدت لزراعة الفاكهة أو الزهور ، وجب الاعتداد ، لا بطبيعة المبيع فحسب ، بل أيضاً بالغرض الذي أعد له ، وهو هنا زراعة الفاكهة أو الزهور ، فإذا لم تكن الأرض صالحة لزراعة هذه الأصناف ، كان هذا عيباً ضمناً موجباً للضمان ، ولو كانت الأرض صالحة للمحصولات الأخرى .

وتقرر المادة ٤٤٨ مدني ، كما رأينا ، أن البائع لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . فقد يكون العيب مؤثراً على النحو الذي سبق بيانه ، ولكن العرف في التعامل جرى على عدم اعتباره عيباً ، فعند ذلك لا يكون عيباً موجباً للضمان . وقد جرى العرف على التسامح في بعض عيوب القمح من ناحية استعماله على كبة مألوفة من الأتربة (١) ، وفي بعض عيوب القطن إذ للقطن مرتبات متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف فتفي استوفى القطن شروط المرتبة التي ينتمي إليها فوجود عيوب فيه لا تخل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحاً فيه عرفاً ولا يوجب الضمان (٢) .

= وجب الضمان (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٧) . وإذا كان المبيع ورق سجائر ، لا يقبل الاحتراق بسهولة ، كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٧ ص ٣١) .

(١) ووجود بعض مواد عريضة في حب السم لا يكون عيباً مؤثراً إذا كان ما يتسامح فيه عرفاً (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٤٠ ص ١٤٦) .

(٢) وقد أورد تقنين الموجبات والعمود البنائي مثلاً لعيب الذي يحدد العرف متى يكون عيباً موجباً للضمان ومتى يكون متسامحاً فيه ، فنصت المادة ٤٤٣ من هذا التقنين على ما يأتي : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة صلاحها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات القلاف كالبصل ، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها عناية أو كان العرف المتعارف عليه = (م ١٦ - أول فصل ٤)

٣٩٦ - (٢) يجب أنه بكماله العيب قديماً ، ولا يكفي العيب أن يكون زائراً ، بل يجب أيضاً أن يكون قديماً . والمتصور بقدم العيب أن يكون موجوداً في البيع وقت أن يتسلمه المشتري من البائع . ذلك أن العيب إما أن يكون موجوداً وقت البيع وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون إذن موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه . وإما أن يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون أيضاً موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه (١) .

وغنى عن البيان أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً وقت التسليم حتى لو كان المبيع غير معين بالذات . ويرجع ذلك ، ليس فحسب لأن الوقت الذى يعتد به فى وجود العيب الخفى هو وقت التسليم كما سبق القول ، بل أيضاً لأن غير المعين بالذات وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقاً به فى هذا الوقت ، وإنما يتصور لحوق العيب به وقت أن تتعين ذاته ، ولا يكون ذلك إلا بإفراز الذى يقع عادة وقت التسليم . على أنه إذا تراخى التسليم عن الإفراز بالمبيع عيب خفى وقت إفرازه ، ثم لحقه العيب فى الفترة ما بين الإفراز والتسليم ، فإن البائع يكون مسئولاً فى هذه الحالة عن ضمان هذا العيب .

ويخلص مما تقدم أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً دائماً وقت تسليم المبيع للمشتري ، ولو لم يكن موجوداً وقت البيع (٢) . أما إذا حدث العيب

== هذا الضمان = (أنظر آنفاً فقرة ٣٩٤ فى الماشى) . فالبطيخ والشام والجوز واللوز والبندق وغير ذلك يحدد العرف متى يكون العيب فيها منساحاً فيه ومتى يكون العيب موجباً للضمان .

(١) والفروض فى هذه الحالة الأخيرة أن المبيع قد لحقه عيب خفى فى الفترة ما بين البيع والتسليم ، وأن المشتري حين تسلّم المبيع لم يعلم بالعيب ، ومن ثم يكون العيب خفياً ويكون البائع مسئولاً من ضمانه بهذا الاعتبار (قارن الأستاذ منصور مصال منصور ص ١٩٤ - ص ١٩٦) . أما إذا لحق المبيع بعد البيع وقبل التسليم عيب ظاهر ، فالبائع يضمنه كذلك ، ولكن ليس هذا ضمان العيوب الخفية الذى نحن بصدده . إذ العيب ظاهر وليس بخفى ، وإنما هو تحلل لثبة ملك المبيع أو تعيبه قبل التسليم ، ومن ثمة يتحملها البائع كما سبق القول .

(٢) قارن مع ذلك ما جاء المذكور الإيضاحية للشروع التالى . . . أن يكون هذا العيب موجوداً وقت البيع ، وهذا ما يعنى أنه عادة بالعيب القديم = (بموجبه الأهمال التوضيحية =

بالمبيع بعد أن تسلمه المشتري ، فإن البائع لا يكون ضامناً له ، ويتحمل المشتري تبعته أو يرجع على من عسى أن يكون مسؤولاً عن إحداثه .

وقد يوجد سبب العيب أو جبرئومته قبل التسليم ، ولكن العيب ذاته لا يحدث إلا بعد التسليم . فإذا كان المبيع حيواناً مثلاً ، فقد توجد فيه جرثومة مرض أو « ميكروب » المرض قبل أن يتسلمه المشتري ، ثم يحدث المرض بعد أن يتسلمه . فإذا أمكن المشتري أن يثبت ذلك ، فإن العيب الذي يرجع سببه المباشر إلى ما قبل التسليم يعتبر في حكم الموجود وقت التسليم ، ومن ثم يضمنه البائع . وقد يوجد بالغلل أو بالخشب بدء نموس قبل التسليم ، ثم ينتشر النوس بعد التسليم ، فهذا عيب قديم يضمنه البائع (١) .

٣٦٧ - (٣) يجب أنه بكونه العيب خفياً : ولا يكفي أن يكون العيب مؤثراً وقديماً ، بل يجب أن يكون خفياً (caché) ، فإذا كان العيب

(= ص ١١٠) . وقارن أيضاً المادة ٣٢٢/٣٩٧-٣٩٨ من النسخين المدق السابق ، وهي تنص على أن « المراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إذا كانت عيناً معينة » (انظر آنفاً فقرة ٣٦٤ في الهامش) .

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٠ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٣٨ - الأستاذ جميل الشراوى ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٣٩ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٩٨ .

وهذه المسألة في الفقه الاسلامي ، في مذهب الشافعي ، تختلف فيها . جاء في المذهب : « وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد » ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض ، بأن كان عبداً فسرقة أو قطع بدأ قبل القبض فقطت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبي إسحق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي حريرة ، لأن الفسخ وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله » (المذهب ١ ص ٢٨٤) .

أما في فرنسا فالفقه والقضاء متفقان على أنه يمتد بوقت وجود السبب المباشر لعيب وإن لم يحدث العيب إلا بعد ذلك (نخص فرنسي ٨ مارس سنة ١٨٩٢ : الحوز ٩٢ - ١ - ٢٠٤ - بودوي وسبينا فقرة ٤٢٢ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٢١) . وإذا كان سبب العيب موجوداً قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم ، وجب أن يكون انتشاره غير راجع إلى خطأ المشتري ، وإلا زومت التسوية بين البائع والمشتري وفقاً لقواعد الخطأ المشترك (م ٢١٦ مدق) : انظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠ .

ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري ولم يعترض بل رضى أن يسلمه ، فإن البائع لا يرضى ، لأن المشتري وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض يكون قد ارتضاء وأسقط حقه في التراجع بالضمان .

وتكون العيوب خفية ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني ، إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يبينها بنفسه أو أنه فحصى المبيع بعناية الرجل العادي ، ما لم يكن البائع قد أكد له شواهد المبيع من هذا العيب ، أو تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

ونرى من ذلك أن العيب لا يكون خفياً ، فلا يضمنه البائع ، في الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا كان ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري فرضى به ، فيكون قد نزل عن حقه كما سبق القول (١) .

(ثانياً) إذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري كان يستطيع أن يبين العيب بنفسه أو أنه فحصى المبيع بعناية الرجل العادي (٢) ، فيكون من المفروض عندئذ أن المشتري قد فحصى فعلاً بهذه العناية المطلوبة فتبين وجوده ، وسكت ولم يعترض ، فيكون سكوته نزولاً عن حقه . ولا يقبل من المشتري في هذه الحالة أن يثبت أنه لم يفحص المبيع فعلاً ولم يتبين وجود العيب ، فإن كل المطلوب منه هو أن يفحص المبيع وقت تسلمه بعناية الرجل العادي ، فإذا لم يفعل كان مقصراً ، وهو الذي يحمل تبعه تقصيره . ومن ثم يكون إمكان تبين العيب عند فحصى المبيع بعناية الرجل العادي قرينة على أن المشتري قد تبين فعلاً وجود العيب عند التسليم (٣) ، وهي قرينة غير قابلة للإثبات العكس إلا

(١) ويكون المبيع ليس له ، ذلك الطريق العام يعتبر عيباً ظاهراً (استئناف مخطوط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) . وإذا كان تلف الأرض البينة آتياً من فيضان ظاهر ، فالعيب لا يكون عيباً (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٤) .

(٢) استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المجردة الرسمية ٨ رقم ٨٧ - استئناف مخطوط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٨ .

(٣) استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٧٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٦ .

بطريقين معينين سيأتى ذكرهما فيما يلى .

وبكون العيب خفياً ، فبضمه البائع ، فى المثلين الآتين :

(أولاً) إذا لم يكن العيب وقت تسلم المشتري للمبيع ظاهراً ولا يمكن للمشتري تبينه أو أنه فحصى المبيع بعناية الرجل العادى . وهذا معناه أن عيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يتبينه إلا خبير مختص ، كما إذا اقتضى تبين العيب اللجوء إلى وسائل فنية ليست فى مقدور الشخص العادى ، أو احتياج إلى معرفة متخصصة ، أو اقتضى تحليلاً كيميائياً ، أو نحو ذلك (١) من الأبحاث التى لا يلجأ إليها الناس عادة فى المألوف من التعامل ، ولا يستطيعها على كل حال الرجل العادى (٢) . أما إذا أمكن تبين العيب بعناية الرجل العادى ، لم يكن عيباً خفياً موجباً للضمان (٣) كد سبق القول ، حتى لو كان المشتري بالذات لم يستطيع أن يتبين العيب لنقص فى خبرته ينزل بها عن مستوى الخبرة العادية (٤) . فانه يحمل فى هذه الحالة مسؤولية نقصه فى اللجوء إلى من يسترشد برأيه من الرجال العاديين ، وكان ذلك واجباً عليه نظراً لنقص خبرته (٥) .

(١) كحفر الأساس لاختبار متانة البناء (استئناف مخطط ٢١ يوليه سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٤٥٦) .

(٢) كمحورب فى السيارة أو فى الآلات الميكانيكية التى لا يمكن كشفها إلا بعد استعمال اشرء مدة غير قصيرة (بلائيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٢٠ ص ١٤٦) ، وكثورة الأفاعى فى الأرض الزراعية أو ضعف قوة الحريق الناتج من الفحم (الأستاذ محمد على امام ص ٢٧٩) ، وكشف احتياى الحديد (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٤) .

(٣) استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٧ - ٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٦٢ ص ١٢٤ .

(٤) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرجعية ٢٧ رقم ١ ص ١

(٥) بودرى وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلائيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٢ - الأستاذ محمد على امام ص ٢٧٩ - الأستاذ عبد الفتاح ص ٢٧١ - الأستاذان أحمد نجيب المنزل وعامد ذكرى ص ٢٩٧ عامل ٢ .

فإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، لم يصح للمشتري أن يتسلك بمحورب فى الأرض يستطيع أن يتبينها الشفص الخبير خبرة عاروفة بالأرض الزراعية ولم يتبينها من جهة من خبرته ، وإذا كان المبيع بناء ، لم يصح أن يتسلك بمحورب فى البناء يستطيع أن يتبينها المهندس الممارس بطريق الفحص المتعارف المألوف (بودرى وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلائيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٢٠ ص ١٢٤) .

(ثانياً) إذا كان المشتري ، بعد أن أثبت البائع أن العيب كان يستطاع تبيته بالفحص المعتاد ، أثبت من جهته أحد أمرين : إما أن يكون البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب المعين الذي وجد بعد ذلك بالمبيع ، وإما أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه . ففي الأمر الأول ، وقد أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب ، يكون هذا بمثابة اتفاق ضمني بين المتبايعين على أن البائع يضمن هذا العيب بالذات للمشتري إذا ظهر بالمبيع . وعند ذلك لا يكلف المشتري نفسه مؤونة فحص المبيع ولو بعناية الرجل المعتاد ، مطمئناً إلى تأكيد البائع ، ومعتداً في كل حال على أن البائع قد ضمن له هذا العيب فلو ظهر في المبيع رجوع عليه بالضمان . ويبدو من ذلك أنه لا يكفي أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب بوجه عام ، بل يجب أن يؤكد خلو المبيع من عيب معين أو عيوب معينة بالذات . وفي الأمر الثاني ، وقد تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه ، يكون قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشتري في عدم فحص المبيع بالعناية المعتادة ، ويعتبر العيب في هذا الفرض خفياً ولو أنه كان يستطاع تبيته بالفحص المعتاد ، فيضمنه البائع (١) .

بقي بعد ذلك أن نفرض أن العيب كان ظاهراً ، أو كان غير ظاهر ولكن يمكن تبيته ، أو كان لا يستطيع أن يحسب لو أنه فحص المبيع فتبينه أنه يخجل بمنفعة من المنافع المقصودة من المبيع ، بل حسب أنه أمر غير ذي بال ، ثم ظهر

= وقد قضت محكمة النقض بأن العيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره . فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستر في الأنظار المختلفة ، بل معياراً متيناً بذاته مقدراً بمسئرة نظر الشخص الفطن المنتبه للأمر . فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إثبات البذور التي هي محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشتري ، وهو عمدة ومن كبار المزارعين ، لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها إليه ، ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً ، وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري ، فإنه لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة مر ٥ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٠ - أنظر أيضاً استئناف غخلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٤) .

(١) مثل ذلك وضع نوع خاص من البزير في السيارة عند تجربتها بقصد إخفاء عيب في محركها ، أو بيع آلة مكسورة بعد لحمها ودهانها بطلاء يخفي عيبها (الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٨٠) .

بعد ذلك أنه عيب مؤثر يخل بالنفع من المنافع المقصودة وبجس المبيع غير صالح صلاحية كاملة للغرض الذي اشتراه من أجله . بهل يكون علم المشتري بالعيب على هذا النحو ، أو استطاعته العلم به ، مسقطاً للضمان ؟ يبدو أنه لا يمكن ظهور العيب أو إمكان ظهوره بالخصائص المعتاد حتى يفترض أن المشتري قد رضى به مادام لم يفترض ، بل يجب فرق ذلك أن يكون المشتري وقت أن سكت عن العيب كان يعتقد أنه عيب مؤثر يخل بالمنافع المقصودة من المبيع . ولكن المشتري هو الذى يحمل عبء الإثبات ، فإذا سكت عن العيب افترض رضاه به ، إلا إذا أثبت أنه كان يعتقد أن العيب غير مؤثر وأثبت فى الوقت ذاته أن الشخص العادى لا يستطيع أن يدرك أن العيب مؤثر بل يقتضى إدراك ذلك معرفة فنية متخصصة (١) .

٣٦٨ - (٤) يجب أنه يكون العيب غير معلوم للمشتري . وحتى لو كان العيب خفياً على النحو الذى بيناه . فإنه لا يكون عبأً موجباً للمشتري إذا ثبت أن المشتري كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفائه . فإن علم المشتري بالعيب وسكوته عليه بعد رضاه منه به ، وزولا عن حقه فى الرجوع بالضمان . وهذا ما ينص عليه صراحة صدر الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدنى فيما رأينا : « ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع » .

وما دام العيب خفياً ، فالفروض أن المشتري لا يعلم به ، فإذا أراد البائع التخلص من الضمان . فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم به وقت التسليم (٢) . والعلم واقعة مادية يستطيع البائع أن يثبتها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن (٣) .

(١) بلاتويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٣٠ عن ١٤٦ - ص ١٤٧ .

(٢) بلاتويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٣٠ .

(٣) إذا كان العيب من النوع والانتشار بحيث يكون من المفعول أن المشتري يتوقع أن يلقى المبيع ، فالفروض أن المشتري يعلم بهذا العيب ، ويكون عليه هو عبء إثبات أنه كان يعلمه . ونحن إذنا فى هذه الحالة أن يشترط المشتري علم البائع بخلل هذا العيب .

وقد يكون العيب موجوداً وقت البيع والمشتري لا يعلم به ، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض ، سقط ضمان البائع . فالعيب الموجود في المبيع وقت البيع يجب إذن ، حتى يضمنه البائع ، أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه في أي وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامناً . أما العيب الذي حدث ما بين البيع والتسليم ، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط عنه الضمان أن المشتري كان عالماً به وقت التسليم ، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت أن تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان (١) .

== إذ أراد أن يتخلص من عبء الإثبات . ويفرض في الأشياء المستعملة إذا بيعت أنها لا تخلو من العيوب المألوفة في الأشياء القديمة ، فإذا ادعى المشتري أنه لم يكن يعلم بعيب من هذه العيوب المألوفة فعليه هو عبء إثبات ذلك ، إلا إذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . عل أن هذا مقصور على العيوب المألوفة في الأشياء القديمة ، أما ما كان من العيوب غير مألوف فعبء الإثبات فيه يقع على البائع لا على المشتري (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٢) .

ويترتب على ما تقدم أن المشتري مدروس فيه أن يعلم أن من أجر الدار له الحق في طلب إنقاص الأجرة إلى الحد القانوني الذي يسع به قانون إيجار الأماكن ، فلا يستطيع أن يحتج بذلك على البائع إلا إذا أثبت أنه كان يجهل أن الأجرة تزيد على الحد القانوني أو إذا حصل على ضمان البائع لهذه الأجرة (بلانيول وريبير وهامل ٢٠ ص ١٤٨ هامش رقم ١) .

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٠٢ هامش رقم ١ - والعلم الواجب إثباته يجب أن يكون علماً يقينياً لا علم على سبيل الخدس . وقد قضت محكمة النقض في شأن العلم بالعيوب الخفية المسقط لدعوى الضمان في عهد التقنين المدني السابق ، بأن العلم المراد للشارع في المادة ٣٢٤ مدني (٤٤٢ مدني جديد) هو العلم الحقيقي دون العلم بالتشكيك . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت ما حصلته من فهم الواقع في الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقاً ، عند تحريره خطاباً للبائع يخبره فيه بما ظهر من العيب في البذور التي اشتراها ، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الحق الذي يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانوناً من التعويضات ، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير غير دعوى إثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التي رفعها المشتري بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام ، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذي هم عنه خطابه الذي أرسله للبائع لم يكن علماً حقيقياً ، فإنها تكون قد أصابت في قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها (نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٢٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٢ ص ٦٦٥) . وقضت استئناف مصر بأن مجرد الظن أو العلم غير القاطع لا يعتبر علماً موجباً لسقوط الضمان (استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٢ المجلة ١٣ رقم ٢٧ ص ٩١) .

ولما كان جهل المشتري للعيب وقت التسليم شرطاً للضمان ، فإنه بداهة أن يكون المشتري ، وقد جهل العيب اللاحق بالمبيع ، قد وقع في غلط جرمي ، فتتلاقى دعوى ضمان العيب مع دعوى الغلط ، ويمكن للمشتري أن يختار بين الدعويتين . وسعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند تمييز دعوى ضمان العيب عن دعوى الغلط .

وإذا كان علم المشتري بالعيب يؤثر في الضمان ، فيضمن البائع العيب إذا كان المشتري غير عالم به ولا بصحته إذا جهله ، فإن علم البائع بالعيب لا أثر له في مبدأ الضمان . فالبايع يضمن العيب ، سواء كان عالماً به أو غير عالم . ونص في العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٧٤ صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده » . ولكن علم البائع بالعيب أو جهله به يؤثر في الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإعفاء على النحو الذي سنتفصله فيما يلي . وقد يؤثر أيضاً في مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري بسبب العيب الخفي ، وفي إطالة مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة إذا اقترن العلم بالغش .

٣٦٩ - (ب) - المدين في ضمان العيوب الخفية - فباية التزامه

معرفة عام : المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع . ولا ينتقل التزامه إلى ورثته ، بل يبقى هذا الالتزام ديباً في التركة . فإذا مات البائع ، رجع المشتري بضمـان العيب الخفي ، لا على الورثة . بل على التركة ذاتها . فإذا ماتت الورثة ، رجع المشتري المستحق . أخذ الورثة ما بقى من التركة بعد سداد جميع الديون ومن بينها الدين الخاص بضمان العيب الخفي .

ولا يتصور انتقال ضمان العيوب الخفية إلى خلف البائع الخامس في العين المبيعة .

ويتحمل دائن البائع التزام بضمان العيوب الخفية على الوجه المقرر في القواعد العامة ، ذلك أن المشتري يصبح هو أيضاً دائناً للبائع بضمان العيوب الخفية ، فيشارك سائر دائني البائع مشاركة الغرماء .

ويكون كجهل البائع مثلاً بضمان العيوب الخفية ، ويؤثر في المشتري أن يرجع عليه هذا الضمان طبقاً للقواعد المقررة في الكفالة .

ودعوى ضمان العيوب الخفية ، وهى و صورتها تنتهى إلى تعويض كما
مضى ، «بصفة للانقسام (١) . فإذا باع شخصان عيناً شائعة بينهما ، كان للمشتري
أن يرجع بضمان العيب على البائعين كل بقدر نصيبه فى المبيع ، ولا يجوز له
أن يرجع على واحد منهما بالضمان كله ، لأن ضمان العيب ينقسم عليهما كما سبق
القول . ويستثنى من ذلك بطبيعة الحال ما إذا كان البائعان قد تضامنا فى التزامهما
نحو المشتري ، فيرجع المشتري عندئذ على أى منهما بضمان العيوب طبقاً للقواعد
المقررة فى التضامن .

٣٧٠ - (ج) الدائن فى ضمان العيوب الخفية - قابلية الضمان

للمتضامن : الدائن فى ضمان العيوب الخفية هو المشتري . وينتقل حقه
إلى الوارث ، فلو مات المشتري جاز لورثته الرجوع بضمان العيب على البائع
كما كان يرجع مورثهم ، وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبه فى العين ،
وسحق يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالبهم بالاتفاق على رد العين المبيعة ،
فلا يرد عليه بعض الورثة جزءاً من العين حتى لا تنفرق عليه الصفقة (٢) .

وينتقل حق المشتري أيضاً إلى خليفه الخاص ، فلو أن المشتري باع العين المعيبة
إلى مشتر ثان ، كان هذا المشتري الثانى - وهو الخلف الخاص للمشتري الأول
سابق - أن يرجع بدعوى سلفه المشتري الأول على البائع ، ذلك أن هذه
الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثانى (٣) . ومن ثم
يكون للمشتري الثانى ، ضمان العيوب الخفية ، دعوى ثلاث : (١) دعواه
الشخصية ضد المشتري الأول بضمان العيب الخفى ، وهى الدعوى التى استند لها
من قبل البيع الثانى الذى أبرم بينه وبين المشتري الأول ، ومدة التقادم فيها

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - أنيكلويدي دالوز • لفظ Vice Réd. فقرة ٨ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - قارن أسيكويدي دالوز • لفظ Vice Réd. ٨٥ :

(٣) أوري ورو • فقرة ٣٥٥ مكررة من ٨٧ .

تسرى من وقت أن تسلم المبيع من المشتري الأول . (٢) الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المشتري الأول على المبيع ، وبشترك معه فيها سائر دائئي المشتري الأول ، وتسرى مدة التقادم من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . (٣) الدعوى المباشرة وهي دعوى المشتري الأول نفسها ضد البائع بضمان العيب ، وقد نشأت من عقد البيع الأول الذي أبرم بين البائع والمشتري الأول ، وانتقلت بعقد البيع الثاني من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم . وهذه الدعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة في أنه لا يزاوم فيها المشتري الثاني سائر دائئي المشتري الأول ، وتنقضي معها في أن مدة التقادم تسرى من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . وتمتاز الدعوى المباشرة هذه أيضاً بأنها تبقى ثابتة للمشتري الثاني حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب على المشتري الأول ، كأن كان هذا المشتري قد اشترط عدم الضمان . وبالحفظ أن المشتري الثاني إذا رفع دعواه الشخصية في الضمان على المشتري الأول - وهي الدعوى الأولى من هذه الدعاوى الثلاث - جاز للمشتري الأول أن يدخل البائع ضامناً في هذه الدعوى . والمفروض طبعاً في كل ما قدمناه أن العيب قد حدث بالمبيع قبل أن يتسلم المشتري الأول المبيع من البائع ، حتى يكون البائع ضامناً هذا العيب لكل من المشتري الأول والمشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائي المشتري من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فيجوز لهذا الدائن أن يرفع باسم المشتري دعوى ضمان العيب على البائع طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

٢٧١- (ر) البيع الذي يخفى ، ضمانه المذموم الخفية : نص قانوني :
تنص المادة ٥٤ من القانون المدني على ما يأتي :

(١) بلانجيل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٣٨ - وكذلك المفروض أن العيب قد ظهر خفياً على المشتري الثاني ، فلو أن المشتري الثاني قد كشفه قبل تسلم المبيع ، ولكنه لم يتمكن من الرجوع بضمان العيب لا على المشتري الأول ولا على البائع (يوردى رومانيا فقرة ١٣٦ - المشرع محمد ، أمام ص ٣٨٨) .

والآمان للعيب في البيوع القضائية ولاني البيوع الإدارية إذا كانت بالمراد (١) .

والسبب في ذلك ، كما نقول المذكرة الإيضاحية ، أن البيع بالمراد ، سواء من القضاء أو من جهة الإدارة ، قد أعلن عنه ، وأنيحت الفرصة للمزايدين أن يخصصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة ، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه ، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبأها المدين (٢) . ومن ثم لا ضمان للعيب في البيوع التي يتنعم إجراءاتها قضاء عن طريق المزايد ، كبيع أموال المدين تنفيذاً للديون التي في ذمته ، وكبيع أموال القاصر والمحجور في المزايد . وكذلك لا ضمان للعيب في البيوع التي تجريها الإدارة بالمراد ، لاقتضاء الضرائب مثلاً . وقد رأينا أن ضمان التعرض والاستحقاق ، بخلاف ضمان العيب ، يقوم في كل هذه البيوع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما سطر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٨ - ١٢٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٧/٤٠٥ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : " لا تسع دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فيما بيع بمعرفة المحكة أو جهات الإدارة بطريق المزايد " . والمحكم متفق مع حكم التقنين الجديد .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٢ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٧) . التقنين المدني الليبي م ٤٤٣ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٩ : لا تسع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٤ - فقرة ٥٣٧) .

تقنين الموجبات والعمود اللبناني م ٤٦٤ : لا وجه لإقامة دعوى الرد في البيوع التي تجريها السلطة القضائية (ولم يذكر التقنين اللبناني البيوع الإدارية بالمراد) . (٢) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٩ .

أما البيوع الاختيارية، حتى لو أجريت بطريق المزااد كبيع العين الشائعة بالمزااد لعدم إمكان قسمتها (licitation) ، فيقوم فيها ضمان العيب (١) .

وفما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمراد ، يقوم ضمان العيب في أى بيع آخر ، بمتوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل وبمتوى كذلك أن يكون محل البيع عقاراً (٢) أو منقولاً (٣) ، شيئاً مادياً أو شيئاً غير مادي (٤) . كما يجوز للشفيع - وقد حل محل المشتري - أن يرجع بضمان العيب على البائع . ويجوز أن يرجع بضمان العيب أيضاً المسترد لحصة شائعة في منقول باعها شريك في الشبوع لأجنى (م ٨٣٣ مدني) (٥) .

٢٩ - ما يترتب على قيام ضمان العيوب الخفية

٣٧٢ - دعوى الضمان وما يسفرها من أخطاء - إذا وجد بالمبيع عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر ، وجب على المشتري المبادرة إلى إخطار البائع به ، ثم له بعد ذلك أن يرجع عليه بدعوى الضمان ويجب رفعها خلال مدة قصيرة وإلا سقطت بالتقادم .

-
- (١) بودرى وسينيا فقرة ٤٣١ - بلانيول و هابل ١٠ ف - بلانيول وبير وبولانجيه ، فقرة ٢٤٧٩ - كولان وكابيتار - مرة ٩٢٤ - ج - ١١٢٣٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٢ - الأستاذ محمد حل إمام فقرة ٢٢٥ - كامل مرسى فقرة ١٩٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٩٠ .
- (٢) فيقوم ضمان العيب في البناء ، وفي الأرض الفضاء ، وفي الأرض الزراعية ، وفي غير ذلك من المقارنات .
- (٣) فيقوم ضمان العيب في الأغذية ، والحيوانات ، والحبوب والمحصولات الخشبية ، والمشروبات المتنوعة ، وفي غير ذلك من المنقولات .
- (٤) فيقوم ضمان العيب في المتاجر ، والأسهم والسندات ، والحقوق الشخص - غير ذلك من الأشياء غير المادية (أنظر بودرى وسينيا فقرة ٣٢٦ - فقرة ٤٢٠) .
- (٥) ونقتض بحكمة النقص بأن أحكام العيب الخلق في باب البيع لا تنطبق في عقد المعاولة غير المختلط بالبيع ، وهو العقد الذي يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة (نقص مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقص ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣) . أنظر في هذه المسألة تعليق بلانيول في الدور ١٩١٢ - ١ - ١١٣ على حكيم صادرين من محكمة النقص الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ قضيا بنقض المبدأ (آنفاً فقرة ٢٦١ في الهامش) .

تبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) إخطار البائع بالعيب (٢) دعوى الضمان (٣) سقوطها بالتقادم .

٤٧٣- إخطار البائع بالعيب - المصوصى القانونية - تنص المادة ٤٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى .

١- إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف فى التعامل . فإذا كشف عيباً يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطر به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع .
٢- أما إذا كان للعيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب (١) .

(١) نرى النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٥ من المشروع التمهيدى ، وكان هذا المشروع يتضمن فقرة ثالثة هذا نصها : « على أنه إذا تعمد البائع تضليل المشتري ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب فى الوقت الملائم » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة ، لأن حكمها مستفاد من التواعد العامة ، واستبدل بعبارة « وجب عليه أن يبادر بإخطاره عنه » فى الفقرة الأولى بعبارة « وجب عليه أن يخطر به خلال مدة معقولة » ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه لدى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٤٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - ص ١١٧) .
ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، وقد كان هذا التقنين بدلاً من الإخطار بعمل مدة تقادم دعوى الضمان قصيرة جداً ، فقد كانت ثمانية أيام من وقت علم المشتري بالعيب .

ويقابل النص فى التشيينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١١٧ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٨ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٠ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى - وانظر فى القانون المدنى العراقى

الأول فى حسن المذنون فقرة ٢٥٦ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢٢ - فقرة ٥٢٣) .

تقنين الموجبات والنفود البنائى م ٤٤٦ : إذا كان المبيع من منقولات غير الحيوانات ، وجب

على المشتري أن يخطر فى حالة المبيع على أنراستلامه ، وأن يحذر البائع بلا إبطاء فى خلال السبعة الأيام التى تلى الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه ، وإلا فالمبيع يعد مقبولاً ما لم تكن العيوب مما لا يعرف بخص عاوى أو تكون هناك موانع لا علاقة لها بمشقة المشتري حالت دون النظر =

وبمخلص من هذا النص أن المشتري تجب عليه المبادرة باخطار البائع بالعيب عند كشفه . والسياسة التشريعية في ضمان العيب الخفي قائمة على عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان ، لأن الإبطاء في شيء من ذلك قد يجعل إثبات العيب عسيراً ، وقد تتعذر معرفة منشأ وهل كان موجوداً عند التسليم أو حدث بعده ، فيفتتح باب المنازعات وينسج المجال لادعاءات من جهة كل من المتبايعين ، وبخاصة من المشتري فقد يدعى بعد مدة طويلة أن بالمبيع عيباً كان موجوداً عند التسليم ويتخذ هذا الادعاء نكتة للرجوع في الصفقة . فحتى يستقر التعامل وتنحسم أوجه النزاع ، أوجب المشرع على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه ، ثم جعل مدة التقادم في دعوى الضمان قصيرة ، فهي سنة واحدة من وقت تسلم المشتري للمبيع كما سنرى . وهذه الإجراءات السريعة والمدد القصيرة تتميز

== في حالة المبيع . وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ ميوب المبيع إلى البائع على أنراكتشافها ، وإلا عد المبيع مقبولا ، غير أنه لا يحق للبائع السوء النية أن يتفرع هذا الحكم الأخير .

م ٤٧٧ : يجب على المشتري بلا إبطاء أن يطلب بعريضة معاينة المبيع بواسطة خبير يعينه رئيس المحكمة ذات الصلاحية . وإذا لم تجر المعاينة بمقتضى الأصول ، فللمشتري أن يثبت وجود العيب عند الاستلام ولا تطلب المعاينة إذا كان البيع منقداً بحسب نموذج لم يتم خلاف على ماهيته . وإذا كانت البضاعة واردة من بلد آخر لم يكن للبائع وكيل في محل استلامها ، وجب على المشتري أن يتخذ الحيلة لمحافظة حل البضاعة مؤقتاً . وإذا خيف من تلف سريع ، كان من حق المشتري أن يطلب بيع تلك البضاعة بناء على ترخيص يطلب بعريضة من رئيس محكمة المحل الذي تكون فيه البضاعة بعد إجراء المعاينة المتقدم ذكرها . وإذا كانت مصلحة البائع تقتضى هذا البيع ، كان الواجب الختم على المشتري أن يجربه على هذا الخوال . ويلزمه أن يخبر البائع بلا إبطاء عن كل ما تقدم ، وإلا كان ضامناً للطل والضرر .

م ٤٤٨ : في الحالة المنصوص عليها في المسادة السابقة تكون مصاريف إرجاع البضاعة على البائع .

(والتفتين البناني فيما يختص بالمنقول غير الحيوان يتفق مع التفتين المصري في الأحكام التي وردت في التفتين المصري ، ويزيد عليه أحكاماً أخرى يقصد بها إمداد الدليل على العيب قطعاً للنزاع ، واتخاذ الإجراءات الضرورية لمحافظة حل مصلحة البائع من نحو بيع البضاعة المعنية إذا خيف عليها التلف أو اقتضى البيع مصلحة البائع . وكل هذه الأحكام يمكن اعتبارها تطبيقاً لقواعد العامة) .

ودعوى ضمان العيب الخفى عن غيرنا من الدعاوى التى تتلاقى معها كدعوى الإبطال للغلط ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ .

على أنه إذا تسلم المشتري المبيع ، ولو كان به عيب ظاهر أو عيب فى حكم الظاهر مما يتمكن من تبيّنه بالفحص المعتاد ، لم يعتبر بمجرد التسلم قابلاً بالعيب . فقد أعطى مهلة ، له فيها ، بل يجب عليه فيها ، التحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد ، وهذه المهلة حددها المشرع بأنها المهلة المعتادة وفقاً للمألوف فى التعامل . فإذا اشترى شخص قماشاً من تاجر ، فالغالب أن يكون هذا القماش مطويّاً ، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر ، لم يعتبر المشتري راضياً به بمجرد تسلمه القماش المطوى ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره ، وفى خلال المدة المألوفة فى التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيباً أو وجده عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة ، هى أيضاً متروكة للمألوف فى التعامل . وإذا اشترى شخص سيارة ، فإنه لا يعتبر قابلاً بما فيها من عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر بمجرد تسلمها ، بل لا بد من مدة معقولة تمضى وفقاً للمألوف فى التعامل يتمكن فيها المشتري من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد ، فإذا وجد فيها عيباً ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة من وقت كشف العيب وفقاً للمألوف فى التعامل ، اعتبر راضياً بالعيب .

أما إذا كان العيب الذى بالمبيع عيباً خفياً لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، فإن المشتري لا يعتبر راضياً به إلا إذا كشفه ، بطريق فحص فنى مألوف أو فحص فنى متخصص بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى خفاء العيب ، ولم يخطر به البائع بمجرد كشفه إياه . وهنا أوجب المشرع على المشتري أن يخطر البائع بالعيب بمجرد ظهوره فيجب عليه أن يبادر إلى هذا الإخطار دون إبطاء ، لأن العيب لم ينكشف إلا بعد فحص فنى ، فالوقت الذى كشفه فيه وقت محدد يمكن معه التثبت من عدم وقوع إبطاء فى الإخطار .

ونرى من ذلك أن المشتري ، حتى يستطيع الرجوع بضمان العيب على البائع ، يجب عليه إخطاره بهذا العيب عندما يكشفه على النحو الذى بيناه . ويجب أن

يكون الإخطار دون إبطاء أو في مدة معقولة يحددها المؤلف في التعامل بحسب الأحوال ، وذلك من وقت تسلّم المبيع تسليماً فعلياً لا حكيماً . ولا يشترط شكل خاص في هذا الإخطار ، فيصح أن يكون بالإنذار على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويّاً ، ولكن على المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار ، ويستطيع أن يثبت بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه واقعة مادية .

فاذا لم يقع الإخطار في الوقت الملائم ، اعتبر المبيع غير معيب أو اعتبر المشتري راضياً بالعيب الذي وجده فيه (١) ، وسقط على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى الضمان قد تقدمت بانقضاء سنة من وقت تسلّم المشتري للمبيع على النحو الذي سنبينه فيما يلي . فدعوى الضمان إذن تسقط إما بعدم إخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ولو قبل انقضاء سنة التقادم ، وإما بانقضاء سنة التقادم ولو وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك (٢) .

وكل ما يجب على المشتري هو إخطار البائع بالعيب على الوجه الذي

(١) حل أن المشتري لا يعتبر راضياً بالعيب الذي وجده في المبيع عندما لا يتم الإخطار في الوقت الملائم إذا كان البائع سيئاً ، أي إذا كان يعلم بوجود العيب وأخفاه عمداً عن المشتري خشياً منه ، فإن الضمان يكون واجباً في هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م ٤٥٣ مدق) كما سنرى . وقد كان المشروع التهديد بالتقنين المدق الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى يقضي بأنه : إذا تعدد البائع تضليل المشتري ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يحظر بالعيب في الوقت الملائم ، فحذف في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٦ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . وقد جاء في تقنين المراجعات والقواعد البنائية نص في هذا المعنى هو الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٦ من هذا التقنين إذ تقول : « وفي مثل هذا الوقت يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها ، وإلا عد المبيع مقبولا . غير أنه لا يحق للبائع السوء النية أن يتنزع بهذا الحكم الأخير » (أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ -

ص ١٢٣ .

بيناه . فلا يجب عليه طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب ، وإن كان من جفته أن يفعل ذلك حتى يعد الدليل على العيب إذ هو المكلف بإثباته (١) .

٣٧٤ - دعوى ضمان المبيع الخفية - النصوص القانونية :

تنص المادة ٤٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ ، (٢) .

(١) ولم يبين النص ماذا يفعل المشتري لو أن السلعة المبيعة التي اشتراها لم يتمكن من ردها فوراً إلى البائع وكانت مما يسرع إليها التلف ، وتنقض القواعد العامة في هذه الحالة بأن المشتري الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السلعة ، ويستصدر عند الانتفاء أمراً من القضاء ببيعها حساب البائع إذا غشى عليها تلفاً سريعاً . وقد حرض تقنين الموجبات والمقود البنائي إلى هذه المسائل بنصوص خاصة (م ٤٤٧ وم ٤٤٨ من هذا التقنين : أنظر آنفاً نفس الفقرة في الماش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٣ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجاس الشيوخ تحت رقم ٤٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٨٨ - ص ١١٩) .

ويقابل في التقنين المدني السابق النصوص الآتية : م ٣٨٧/٣١٣ : البائع ضامن للمشتري المعبوب الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له .

م ٣٨٨/٣١٤ : في الحالة الأخيرة من المادة السابقة وفي حالة ما إذا كان نقص القيمة بمقدار منه المشتري لا يمنع من الشراء ، يكون المشتري مخيراً بين نسخ البيع بغير إصرار بحقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن ، مع التضمينات في الحالتين إذا ثبت علم للبائع بالعيب الخفى .

م ٣٨٩/٣١٥ : إذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخفى الموجود في المبيع ، فالمشتري له الخيار فخط بين نسخ البيع مع طلب رد الثمن والمصاريف التي ترتبت على البيع ، وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٩٣/٣١٨ : إذا كان انيب الخفى الذي ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب الاستناع من الشراء لو اطلع عليه المشتري ، كان للمشتري الحق في تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة .

م ٣٩٤/٣١٩ : وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية في حالة سلامته من العيب وقيمته الحقيقية في الحالة التي هو عليها ، ويتطابق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه .

والآن نفرض أن المشتري قد أخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم على

== (وتختلف هذه الأحكام أحكام التقنين الجديد كما هو واضح ، وسيرة بروت تمام البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هي التي تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد - انظر في القانون المدنى السابق الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد ركن فقرة ١٠١ - فقرة ١٠٧) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤١٨ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى - وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٥ - فقرة ٢٠٦) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٣٩ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٥٥٨ : إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمن المسمى .

(والحكم يختلف من حكم التقنين المصرى كما هو ظاهر . وقد تأثر التقنين العراقى بالفقه الحنفى فى هذه المسألة ، فهو لا يميز فى خيار العيب إلا الفسخ أو استيفاء المبيع بكل الثمن . فإذا غفل الفسخ بتمت رد المبيع ، جاز للمشتري فى هذه الحالة إنقاس الثمن . ويكون نقصان الثمن طبقاً لما قرره المادة ٥٦٥ عراق متفقة فى ذلك مع أحكام الفقه الإسلامى إذ تقول : « يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة ، بأن يقوم المبيع سالماً ثم يقوم معيباً ، وما كان بين القيسيتين من التفاوت ينسب إل الثمن المسمى ، وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان » - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٧) .

تقنين المورجات والمقود البناني م ٤٤٩ : إذا وجد ما يوجب رد المبيع إما لوجود عيب فيه وإما لخلوه من بعض الصفات ، حق للمشتري أن يطلب فسخ البيع وإعادة الثمن . ويحق له عبارة على ما تقدم أن يأخذ بدل العطل والضرر فى الأحوال الآتية : أولاً - عندما يكون البائع عالماً بعيوب المبيع أو يمدد انصافه بالصفات التى وعد بها ولم يصرح بأنه باع بدون ضمان . ويتقدر أن البائع عالم بذلك إذا كان تاجراً أو صانعاً يبيع منتجات صناعته ، ثانياً - إذا صرح البائع بخلو المبيع من العيوب ، ما لم تكن هناك عيوب لم تظهر إلا بعد البيع أو كانت من العيوب التى يمكن أن يجهلها البائع من حسن نية . ثالثاً - إذا كان وجود الصفات التى تبين خلل المبيع منها مشروطاً بصراحة أو كان العرف التجارى يوجب وجودها .

م ٤٥٣ : يتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع وهو فى حالة السلامة وقت العقد من جهة ، ثم بتقدير قيمته فى حالته الحاضرة من جهة أخرى . وعندما يكون البيع متقدماً على عدة أشياء مشتتة صفقة واحدة ، فيبنى تقدير قيمتها على أساس قيمة جميع الأشياء التى تتألف منها الصفقة .

م ٤٥٤ : يجب على المشتري فى حالة فسخ البيع أن يرد : أولاً - الثمن المصاب بالعيب الموجب لرد كما استلمه مع ما تبعة وما يمد جزءاً منه وما التحق به بعد إبرام العقد . ثانياً - ثمار المبيع من تاريخ فسخ البيع بالتراضى أو الحكم به وثماره السابقة لهذا التاريخ . أما إذا كانت الثمار غير منتقدة وقت البيع ، فيحق للمشتري أن يأخذها إذا جناها ولو قبل للتضوج كما يحق ==

الوجه الذى يبنىء ، فهو بعد هذا الإخطار يكون له الحق فى الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب ، وهى دعوى صاغها التقنين المدنى على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئى كما هى مقررة فى المادة ٤٤٤ مدنى . والشبه بين الدعويين واضح ، فى كليهما لم تبلغ خسارة المشتري ، من جراء الاستحقاق الجزئى أو العيب ، أن يضيع المبيع كله ، بل هو قد ضاع جزء منه أو من قيمته ولكنه جزء قد يبلغ من الجسامة حداً لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما المشروع (التقنين الجديد) فلم ير داعياً لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب ، فان الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة . فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرر فى ضمان الاستحقاق . ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تنقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب . وإذا لم يكن العيب جسيماً ، فلا يكون للمشتري إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سيئ النية أى يعلم بالعيب ، أو حسن النية أى لا يعلم به . وفى الحالة الأولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعاً ، وفى الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع » (١).

فيجب إذن التمييز بين فرضين : الفرض الأول أن يكون العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، والفرض الثانى أن يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كان لو علمه المشتري لأقدم على الشراء بالرغم من ذلك ولكن بثمن أقل .

= له أن يأخذ أيضاً الثمار الناضجة وإن كان لم يجنها . ويلزم من جهة أخرى : أولاً أن ينفق المشتري نفقات الزرع والرعى والصيانة ونفقات الثمار التى ردها المشتري إليه . ثانياً - أن يرد الثمن الذى قبضه مع نفقات المقد القانونية . ثالثاً - أن يعوض المشتري من الخسارة التى ألحقها المبيع ، إذا كان البائع محتالاً .

(وتختلف هذه الأحكام عن أحكام التقنين المصرى كما هو ظاهر) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٣ - ص ١٢٤ .

فى الفرض الأول ، إذا كان العيب جسيماً إلى الحد السالف الذكر ، كان المشتري مخيراً بين رد البيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التى كان يطالب بها فى حالة الاستحقاق الكلى ، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (١) . وفى الفرض الثانى ، إذا كان العيب لم يبلغ الجسامة المشار إليها ، لا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . فالمشتري إذن ، عند رجوعه على البائع بضمان العيب ، له أن يرد المبيع ويطلب بمبالغ معادلة للمبالغ التى يرجع بها فى حالة الاستحقاق الكلى إذا كان العيب جسيماً ولم يختار استبقاء المبيع . أما إذا كان العيب غير جسيم ، أو كان جسيماً واختار استبقاء المبيع ، فإنه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٢) . ونذكر الآن فى إيجاز عناصر التعويض فى الحالتين ، وفقاً لما جاء فى المادة ٤٤٤ مدنى وفى المادة ٤٤٣ مدنى التى أحيل إليها .

فى حالة رد المبيع إلى البائع (٣) ، يرد المشتري المبيع كما هو بالعيب اللاحق

(١) وله الخيار بين الدعويين ولا يتقيد بالدعوى التى قد يرفعها عليه من اشترى منه شئ المعيب وإذا رفع إحدى الدعويين ، فله أن يعدل عنها إلى الأخرى ما دام لم يصدر فى الدعوى الأولى حكم حاز قوة الأمر المقضى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ مكررة ص ١٥ - بودرى وصينيا فقرة ١٣٣ ص ٤٥١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) . وله أن يرفع دعوى رد المبيع المعيب بصفة أصلية ودعوى التعويض بصفة احتياطية ، أما إذا رفع دعوى رد المبيع المعيب وحدها ، ولم يعدل عنها إلى دعوى التعويض ولو بصفة احتياطية ، فإنه يتمذر على المحكمة أن تنضى بالتعويض إذ تكون قد حكمت بما لم يطلب منها (أنسيكلويدى دالتوز ٤ لفظ Vice Réd. فقرة ٧٩) . والواجب على كل حال ، فى مطالبة المشتري بضمان العيب ، أن يرفع على البائع دعوى أصلية أو فرعية ، ولا يكتفى بمجرد دفع يديه عندما يطالبه البائع مثلاً بانتمن (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) .

(٢) أما إذا لم يصب المشتري ضرر من العيب ، فإنه لا يرجع بشئ على البائع . فإذا اشترى صانع السفينة جهازاً من أجهزتها لتركيبه فى السفينة ، وكان هذا الجهاز معيباً ، ثم باع السفينة عندما تم صنعها ، ولم يرجع المشتري عليه بضمان عيب هذا الجهاز ، لم يكن لصانع السفينة أن يرجع على بائع الجهاز المعيب بشئ لانعدام الضرر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٤ هامش ١) .

(٣) ولا يكون هذا فسحاً لقباع بالرغم مما جاء بالمذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ ، بل هو رجوع بضمان العيب على أساس بقاء البيع قائماً وهو مصدر الضمان كما هو الأمر فى ضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك .

به ، وبرد ما أفاده من ثمرات من وقت البيع . وبأخذ من البائع في مقابل ذلك :
(١) قيمة المبيع غير معيب وقت البيع ، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع على النحو الذي فصلناه في ضمان الاستحقاق الكلى ، ولا يكون هناك عمل لمساوية بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية مقابل هذه الثمار (١) .
(٢) المصروفات الضرورية (٢) والمصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على المبيع ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية أى يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه للمشتري (٣) . (٣) جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفى ، وذلك في حالة ما إذا كان البائع قد اضطره إلى رفع هذه الدعوى ولم يسلم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشتري بالعيب في الوقت الملائم .
(٤) وبوجه عام التعويض عما لحق المشتري من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب على النحو الذى بسطناه في ضمان الاستحقاق الكلى . ويلاحظ أنه إذا كان البائع حسن النية أى لا يعلم بالعيب لم يكن مسئولاً إلا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول وقت البيع ، أما إذا كان سيء النية أى يعلم بالعيب كان مسئولاً حتى عن الضرر غير المتوقع ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسئولية .

وفي حالة استبقاء المشتري للمبيع ، يكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيباً ، وبمصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها ، وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب مع

(١) بلانير روبيير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .
(٢) وفي ضمان الاستحقاق لا يرجع المشتري على البائع بالمصروفات الضرورية لأنه يرجع بها على المستحق . أما ضمان العيب فلا يوجد مستحق ، ومن ثم يرجع المشتري بالمصروفات الضرورية على البائع فهو الذى يسترد المبيع .
(٣) والفروض أن البائع حسن النية حتى يقيم المشتري الدليل على أنه سيء النية . وإذا كان البائع تاجراً أو صانعاً يبيع السلعة المعيبة ، جاز القول بانفراض أنه عالم بالعيب ما لم يثبت هو حسن نية (أنظر م ٤٤٩ من تقنين الموجبات والالتزامات آنفاً نفس الفقرة في الحامش) .
وأنظر أيضاً في هذا المعنى أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ - بودوى وسيتيا فقرة ٤٣٦ ص ٤٥٥ - بلانير وروبيير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٣ - جوسران ٢ فقرة ١١٢١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٤ ص ٢٢٢ .

ملاحظة أن يكون البائع سبىء البية مسئولاً حتى عن تعويض الضرر غير المترفع كما سبق القول . ويجوز أن يكون التعويض في جعل البائع يصلح الميب إذا كان قابلاً للإصلاح ، أو أن يصلحه المشتري على نفقة البائع (١) .

٣٧٥ - هلك المبيع الميب - نصصرص قانونية : ونصص المادة ٤٥١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« نبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان (٢) » .

(١) أوبرى ورو • فقرة ٣٥٥ مكررة هامش رقم ١٤ - جيوار ١ فقرة ٤٥٧ - بودرى وسهيا فقرة ٤٣٤ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٥ - ويشترط أن يكون الإصلاح مكناً في مدة معقولة ، أما إذا كان يقتضى مدة طويلة يحرم في أنشائها للمشتري من الانتفاع بالمبيع ، جاز له المطالبة بتعويض نقدي (أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd. فقرة ١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« نبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب الميب أو هلك قضاء وقدرًا » . وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وذكر فى اللجنة أنه إذا هلك المبيع بفعل المشتري طبقت القواعد العامة إذ يتمتع على المشتري طلب الفسخ (أى طلب رد المبيع) ولا يرجع إلا بضمان الميب (أى بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الميب) . وصارت المادة رقمها ٤٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية • ص ١٢٠ - ص ١٢١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق : م ٤٠٠/٣٢٣ : إذا هلك المبيع بسبب الميب القديم فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ رد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال .

م ٤٠١ مغلط : إذا كان فى المبيع ميب قديم وهلك بالكلية بسبب ميب جديد أو بمحادث قهري ، فهلاكه أيضاً على البائع متى كان وجود الميب القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن مكناً فى الأحوال الجائز فيها نقصانه .

(وتختلف هذه الأحكام عن أحكام التقنين الجديد كما هو ظاهر - والمعبرة بتاريخ إبرام البيع فى مريان أحكام التقنين الجديد - وانظر لى أحكام التقنين السابق الأستاذين أحمد نجيب الملاى وسامد زكى فقرة ٤١٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١١٩ (مطابقاً لمادة ٤٥١ مصرى . وانظر فى قانون المدنى السورى

الأعمال مطلقاً للزرقا فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠) .

التقنين المدنى الليبى م ٤١٠ (مطابقاً لمادة ٤٥١ مصرى) .

وبفرض النص أن المبيع المغيب قد هلك بعد أن تعلمه المشتري ، لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فإن هلاكه يكون على البائع ولا محل لإذن لقيام ضمان المغيب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بأن التقنين الجديد اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى أو هلك المبيع . . حتى تنتفى الشبهة أن هلاك المبيع قد يستلزم دعوى الضمان (١) .

فهلاك المبيع المغيب إذن وهو فى يد المشتري لا يسقط دعوى الضمان . فيجوز للمشتري دائماً أن يطالب البائع ، بالرغم من هلاك المبيع ، بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب على النحو الذى بيناه فى حالة استبقاء المشتري للمبيع . أما إذا كان العيب جسيماً إلى حد يسوغ للمشتري رد المبيع ، فلا يجوز شترى الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع إلا إذا كان هلاك بيع غير منسوب إلى فعله . فإذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبي . . يكون غير منسوب إلى فعله ، ويكون له فى هذه الحالة أن يطالب البائع بالتعويض الكامل على النحو الذى يرجع به فى حالة الاستحقاق الكلى ، ولا يكون مطالباً برد المبيع (٢) لأن الرد استحالة عليه لا بفعله بل بسبب

== التقنين المدق تتراق م ٥٦٤ : إذا هلك المبيع المغيب فى يد المشتري ، فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن .

(وحكم التقنين العراقى يختلف عن حكم التقنين المصرى - انظر فى القانون المدق العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٢ - الأستاذ عباس حسن المراف فقرة ٥٠٧ - فقرة ٥٢٩) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى م ٤٥٥ : لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن إذا كان لم يستلم رد المبيع فى الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة أو خطأ من المشتري أو من أشخاص هو مسئول عنهم . ثانياً - إذا كان المبيع قد سرق أو انتزع من المشتري . ثالثاً - إذا حول المشتري المبيع إلى شكل لم يبق معه صالحاً لما أعد له فى الأصل .

م ٤٥٦ : إذا هلك المبيع بسبب العيب الذى كان مصاباً به أو بقوة قاهرة ناشئة من هذا العيب ، كان هلاكه على البائع ولزمه أن يرد الثمن . وإذا كان شيء التية ، لزمه أيضاً أن يؤدى بدل المثل والضرر .

(وحكم التقنين البنائى يختلف بعض الاختلاف عن حكم التقنين المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ .

(٢) إلا ما عسى أن يكون باتياً منه إذا كان الهلاك جزئياً .

أجنبي ، وإنما يرد إلى البائع ما أفاده من المبيع (١) . أما إذا كان الهلاك بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بتعويض كامل إذ قد تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى فعله ، ومن ثم وجب عليه أن يكتفي بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على السحر المبين في حالة استيفائه للمبيع (٢) .

٣٧٦ - بعض ظروف غير الهلاك نظراً على البيع العيب :

وقد بطراً على المبيع الميب ظروف أخرى غير الهلاك الذي سبق بيان حكمه ، وقد كان التقنين السابق يتناول هذه الظروف في شيء من الإسهاب ، ناقلاً في بعض الحالات أحكام الفقه الإسلامي . والفقه الإسلامي يعرف خيار العيب ، ويقرر فيه أحكاماً مفصلة معروفة ، لا يساير في بعضها المبادئ العامة للقانون المصري ، فلم ينقلها التقنين الجديد حتى يحتفظ لضمان العيب بالتناسق في أحكامه ، فوجب الرجوع في هذه المسائل إلى القواعد العامة (٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى في حالة هلاك المبيع بسبب العيب المادة ٤٥٦ من تقنين الموجبات والعقود الثاني (أنفاً في نفس الفقرة في الهامش) . وفي التقنين الفرنسي (١/١٦٤٧) الهلاك على المشتري ولو هلك الشيء مبيعاً ، إلا إذا كان العيب هو سبب الهلاك ، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي تحمل تبعته المشتري . وهذا الحكم مستفاد من الفقه الفرنسي (جيوار ١ فقرة ٤٧٩ - أوربى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٢٢ - ولكن بودرى وسبينا فقرة ٤٣٩ يدافمان عن هذا الحكم لامتبارات عملية) . والتقنين الألماني (م ٤٦٢) يجعل هلاك المبيع الميب بسبب أجنبي على البائع لا على المشتري ، كما كان يفعل القانون الروماني (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٥٧ هامش ٤) - وهذا هو أيضاً رأي بوتيه (بوتيه في البيع فقرة ٢١٩) . ويدافع كولان وكايتان عن الحكم الذي قرره التقنين الألماني لامتبارات عملية على عكس الاعتبارات النصية التي دافع بها بودرى وسبينا عن الحكم الذي قرره التقنين الفرنسي : تعذر معرفة ما إذا كان المبيع قد هلك بسبب أجنبي أم بسبب العيب .

(٢) أنظر في هذا المعنى ما دار في لجنة المراجعة في شأن النص : أنفاً نفس الفقرة في الهامش . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٧ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٢٨ - الأستاذ محمد كامل عيسى فقرة ١٩١ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧٢ والأستاذ عبد المنعم الجهادي فقرة ٣٥٤ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٢ .

ولكن إذا كان احتمال المبيع لا يكون إلا باستهلاكه ، كالنفوس تفرس في الأرض والسيارات ، يحتفظ بها ، جاز للمشتري أن يرجع بتعويض كامل دون أن يرد المبيع وإن كان قد هلك بعمد

(٣) انظر في هذه المسألة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : د ولم ير مشروع أن يغفل ما قرره التقنين الحالي (السابق) بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده =

ونذكر من الظروف التي قد تطرأ على البيع المبيع ، غير الهلاك ، الظروف الآتية : (١) ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم (٢) تصرف المشتري في البيع المبيع (٣) تحول البيع المبيع إلى شيء آخر (٤) زوال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع (١) . ونبين في إيجاز ماذا يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة في كل من هذه الظروف

= (٣١٦-٣١٧/٢٩٠-٢٩٢) ، وبشأن ظهور عيب جديد في البيع (م ٢٩٩ مخطئ) ، وبشأن هلاك المبيع بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بمحدث قهري (٢٢٢م/٤٠٠-٤٠١) ، فهذه كلها تفصيلات يحسن الرجوع فيها إلى القواعد العامة ، واكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدر (٩٧ من الم شروع) ، حتى تقتضي الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٢٤) . (١) وقد تناول التفتين المدني السابق أيضاً تعيب بعض المبيع . فنصت المادة ٢٩٠/٣١٦ على أنه : في الأحوال التي يثبت فيها للمشتري حق الفسخ إذا كان البيع في جملة أشياء معينة ، وظهر ببعضها عيب قبل التسليم ، فليس له فسخ البيع إلا في جميع المبيع . ونصت المادة ٣٩١/٣١٧ على أنه : إذا ظهر العيب بعد التسليم ، فللمشتري فسخ البيع فيما ظهر فيه للعيب فقط إذا لم يترتب على فسخ المبيع ضرر . ونصت المادة ٣٩٢ من التفتين المدني المختلط على أنه إذا كان المبيع في الأحوال المذكورة من الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض ، جاز للمشتري ولو بعد التسليم فسخ البيع ولو في جزء من المبيع .

ولم ينقل التفتين الجديد هذه النصوص ، فنكون سارية على البيع الذي تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٥ . أما بعد ذلك فيجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن المبيع إذا تعيب في بعضه ، كان للمشتري أن يرد كله ويأخذ تعويضاً كاملاً إذا كان العيب بحيث لو كان يطمه وقت البيع لما أقدم على الشراء . وله مع ذلك أن يرجع بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب إذا اختار استبقاء المبيع أو كان العيب لم يبلغ من الجسامة الحد المشار إليه . وهذا كله إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة ، وإلا جاز رد البعض واستبقاء البعض الآخر . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٥ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧١ - الأستاذ جميل الشراوى ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٦ - ٢٠٧ - ويكون المبيع قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها بالنظر إلى الغرض المقصود منه ، وهذه مسألة واقع (هودى وسينا فقرة ٤٤٠ - بلانيول وروبير ، حامل ١٠ فقرة ١٢٤) .

وقد أورد التفتين المدني العراقي في هذه المسألة نصاً تأثر فيه بالفقه الإسلامي ، إذ قضت المادة ٥٩١ من هذا التفتين بأن : ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً ، فإذا لم يكن سريقه ضرر كان للمشتري أن يرد المبيع مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن ، وليس له أن يرد المبيع ما لم يرضى البائع . أما إذا كان هناك في تفريقه ضرر ، رد المبيع أو قبل الجميع بكل الثمن .

فاذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم ، فظهور هذا العيب إذا كان بسبب أجنبي لا يمنع المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل ، لأن عيب المبيع بسبب أجنبي لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبي . أما إذا كان العيب الجديد بفعل المشتري ، كان هذا مانعاً من الرد ، ويقتصر المشتري في هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع استبقاء المبيع (١) .

و أورد تقنين الموجبات والمقود البناني في هذه المسألة النصوص الآتية : م ٤٥٠ : إذا كان المبيع منقداً هل مجموع أشياء مبينة ، وكان قسم منها متعيباً ، حق للمشتري أن يذرع بالخسائر المنوخ له في المادة السابقة . وإذا كان المبيع من المثليات : فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب . غير أنه يبقى له حق المطالبة ببدل العطل وللضرر عند الانقضاء . م ٤٥١ : إذا كان المبيع هذه أشياء مختلفة مشتراه جملة بشئ واحد ، حق للمشتري ، حتى بعد الاستلام ، أن يفسخ البيع فيما يخص بالتعيب من تلك الأشياء ، وأن يسترد من الثمن جزءاً مناسباً له . أما إذا كانت الأشياء بما لا يمكن التفريق بينها بعون ضرر ، كأن تكون أزواجاً ، فلا يحق له إلا فسخ البيع كله . م ٤٥٢ : إن الفسخ بسبب عيب في أصل المبيع يتناول فروعه أيضاً ، وإن كان من الفروع سبباً على حدة . وعيب الفرع لا يفسخ بيع الأصل .

(وقد خرج التقنين البناني في بعض هذه النصوص هل قاعدة وحدة الصفقة) .

(١) وكان التقنين المدني المختلط (م ٣٩٩) يورد في هذه المسألة الحكم الآتي : « إذا حدث بالمبيع سبب حادث قهري جديد . . أو كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري أو بفعل أي شخص آخر ، فلا يكون للمشتري الحق في فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى أخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه . إنما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبينة آنفاً مع مراعاة العيب الجديد أو التغير الذي حصل » . فهذا النص يمنح المشتري من رد المبيع حق لو كان العيب الجديد بسبب حادث قهري ، وهذا على خلاف مقتضى القواعد العامة كما بينا . ولما كان هذا النص في التقنين المختلط ليس له نص يعاقل في التقنين الوطني ، فلا يطبق إلا في البيع الذي كان خاضعاً للتقنين المختلط وكان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٩ .

وأورد للتقنين المدني العراقي (م ٤٦٢) في هذه المسألة الحكم الآتي وقد تأثر فيها بالفقه الإسلامي : « إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري ، فليس له أن يرد به بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه ، بل له أن يتألم بتنقيص الثمن ، ما لم يرض البائع بأخذه على محبه ولم يوجد مانع للرد . ٢ - فإذا زال العيب الحادث ، عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع » .

وأورد تقنين الموجبات والمقود البناني في هذه المسألة النصوص الآتية م ٤٥٧ : لا دليل على

وإذا تصرف المشتري في المبيع المغيب ، فإن كان تصرفه بعد اطلاعه على العيب ، اعتبر هذا زولاً ضمناً منه عن ضمان العيب ، إلا إذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك لا يرجع إلا بتعويض عن العيب لأنه استبقى المبيع وتصرف فيه (١) ، أو إلا إذا رجع عليه من اشترى منه بضمان هذا العيب وعند ذلك يصح له هو أيضاً الرجوع على بائعه . وقد أورد التقنين المدني السابق نصاً في هذه المسألة يتفق مع هذا الحكم ، فقضت المادة ٤٠٣/٣٢٥ من هذا التقنين بأن : تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان (٢) . أما إذا كان تصرف المشتري في المبيع المغيب قبل اطلاعه على العيب ، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة رد المبيع إلى بائعه بالعيب ، إذ يتعذر عليه أن يسترده ممن اشتراه . هو ههنا من المعرض ، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما سبق القول . فلا يبقى

== لفسخ البيع ، ولا حق للمشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن : أولاً - إذا تيب المبيع بطلاً منه أو من الأشخاص الذين يكون مثولاً عنهم . ثانياً - إذا استعمل المشتري المبيع استعمالاً يؤدي إلى نقص كبير في قيمته . ويسرى هذا الحكم إذا استعمل المبيع قبل علمه ، أما إذا كان الاستعمال بعد العلم بالعيب منظاراً . كالمادة ٤٦٢ م ٤٦٢ : يسقط حق المشتري في دعوى الرد : أولاً - إذا عدل عنها صراحة بعد وقوفه على عيب المبيع . ثانياً - إذا كان بهد وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكا . ثالثاً - إذا استعمل المبيع لمقتضى الحاجة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب . ولا يسرى حكم هذه القاعدة على البيوت والمقتنيات الأخرى الماثلة ، فإنه يمكن الاستمرار في سكناها أو استعمالها في مدة المدعاة بفسخ البيع . وهذه النصوص تتفق مع القواعد العامة ، ويتفق أيضاً مع هذه القواعد نص المادة ٤٥٨ من نفس التقنين ويقضى بأن : تنقيص الثمن الذي فاته المشتري من أجل عيب مسلم به لا يمنعه من طلب فسخ البيع أو تخفيض آخر في الثمن إذا ظهر عيب آخر .

(١) قارن الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٧ ،

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التهديد في هذا النصد : ولم ير المشروع موجبا لإيراد ما تضمنته المادة ٤٠٣/٣٢٥ من التقنين الحالي (السابق) وهي تقضى بأن تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفى يوجب سقوط حقه في طلب الضمان ، فإن هذا حكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة . مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٤) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني العراقي ، فقد نصت المادة ٦٦٥ من هذا التقنين على أنه : إذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ، ثم تصرف فيه تصرف الملاك . سقط خياره . أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٦٦٢ من تقنين الموجبات والمقود البناني وقد سبق ذكرها في الحاش من نفس الفقرة .

أمام المشتري الأول إلا الرجوع على بانه بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب على الوجه الذي بيناه (١). وهذا ما لم يرد المشتري الثاني المبيع بالعيب ، فعند ذلك يستطيع المشتري الأول عوايضاً أن يرد المبيع على بانه بنفس العيب (٢). وتكسب المشتري في البيع المعيب تربيته عليه حقاً لغيره ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن (٣).

وإذا تحول المبيع المغيب وهو في يد المشتري إلى شيء آخر ، فإذا كان هذا التحول بفعله ، فإن كان بعد إطلاعه على العيب سقط على البائع الضمان ، وإن كان قبل إطلاعه على العيب امتنع الرد ولم يستطع المشتري الرجوع على البائع إلا بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب (١) . وإذا كان هذا التحول بسبب أجنبي لم يمنع التحول الرد ، لأن الهلاك بسبب أجنبي لا يمنع الرد فأولى ألا يمنع مجرد التحول (٢) .

وإذا زال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً ،
إذا زال لا يرجع ، لم يعد للمشتري أن يرجع على البائع بشأن العيب ، لأن سبب

(١) بلائيول ورينير وعامل ١٠ فقرة ١٢٤ ص ١٥١ .

(١) بودوى وسيزيا فترة ١٢٢ من ١٤١ - ١٥٢ - وتدور في المادة ١١٤/١٨٨ من القانونين المذكورين السابقين : ... يكون المشتري مخيراً بين نسخ البيع بغير إشعار بحق التأمير برون ، وبين طلب تصفاته التي لا يبرهم هذا النص أن الفسخ مائل إذا ثبت تغير على القيم حق غير الرهن . ولطاهر أن الفسخ لا يجوز من باب أول إذا ثبت التغير بدلاً من حق الرهن حق الملكية ذاته ، إنما يحسم الرهن بالذكر لأن القانون المذكور كان يرمي بمناخه حماية الدائنين المرتهنين .

(٣) أبريل ١٩٤٠ - ٢٤٤ مكررة من ٨٤ - بلانويك وديزير ومال ٢٠ مقبرة ١١٤
 من ١٤٠ من ١٤٢ - كولان وكايتان ٢ مقبرة ٩٢٧ - وقارن بودو، من ١٢٠ مقبرة ٤٢٠ -
 وذلك ما لم يقض المشتري هذا الحق الذي وثقه الغيور، كان دفع الدين لخائن المرتين والمطلب الراتب.
 (٤) بلانويك وديزير ومال ١٠ مقبرة ١١٧ من ١٤١ .

[illegible]

العيان قد زال لا إلى رجعة فبزول الضمان بزوال سببه . وقد نص تقنين الرجبات والعقود البناني على هذا الحكم صراحة ، فقضت المادة ٥٩٩ من هذا التقنين بأن تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو في أثناءهما ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور ثانية . ولا يجرى هذا الحكم إذا كان العيب قابلاً بطبيعته للرجوع .

٣٧٧ - نفاد رم دعوى ضمان العيب الخفي - نصوص قانونية :

نص المادة ٥٢٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لنفاذ التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٨ من المشروع التمهيدى على رجة مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٥ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٢ وص ٢٢٥) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٠٢/٢٢٤ ، ويجري على الوجه الآتي : يجب تقديم دعوى الضمان الناشئة من وجود عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ، وإلا سقط الحق فيها . وبخالف هذا النص نص التقنين الجديد في أمور ثلاثة : أولاً - مدة التقادم في التقنين الجديد سنة ، وهي ثمانية أيام في التقنين السابق . ثانياً - وهي مدة تقادم في التقنين الجديد ، ومدة سقوط لا مدة تقادم في التقنين السابق (الأستاذان أحد نجيب الهلاك وحامد رزق فقرة ٤١٦) - ثالثاً - وتسرى المدة في التقنين الجديد من وقت التسليم ، وفي التقنين السابق من وقت العلم اليقيني بالعيب (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٤٧ ص ٣٠٧) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : وعمل المشروع أحكام المادة ٤٠٢/٢٢٤ من التقنين المدني الخالي (السابق) ، وهي تقضى بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشئة من عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها وإلا سقط الحق فيها . فراعى أن هذه مدة قصيرة لا تكاد تتسع لرفع الدعوى ، وقرر أن التقادم لا يتم =

وري من ذلك أن مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة ٤٤

== إلا بإتضاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك (م ٥٩٧ من المشروع) ، فأما المدة إلى سنة ، ولكنه جعلها قسرى من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب وهذا أكثر تحفيظاً لاستمرار التعامل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . وإذا كان التقنين السابق جعل المشتري يبادر إلى رفع الدعوى في ثمانية أيام ، فإن التقنين الجديد جعله يبادر إلى إخطار الدائم بالعيب في خلال مدة معقولة ثم يرفع الدعوى خلال سنة من وقت تسليم المبيع .

ومدة سقوط في التقنين السابق بوجه عام أقصر من مدة التقادم في التقنين الجديد ، ولكن قد تكون أطول إذا لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد نحو سنة من تسلمه للمبيع بحيث أنه لو ضم إلى هذه المدة ثمانية أيام كان المجموع أطول من سنة .

ويبدو أنه لا محل لتطبيق المادة ٨ مدني في تنازع التقنينين الجديد والسابق من حيث الرمان ، لأن المدة في التقنين السابق مدة سقوط وهي مدة تقادم في التقنين الجديد كما سبق القول . ومن ثم يسرى التقنين السابق في عقود البيع التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٩ . ويسرى التقنين الجديد في عقود البيع التي أبرمت بعد ذلك .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٠ (مطابقة لمادة ٤٥٢ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصلح الزرقا فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤١ (مطابقة لمادة ٤٥٢ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٠ - ١ - لا نسع دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . ٢ - وليس للبائع أن ينسك بهذه المدة لمرور الزمان إذ ثبت أن إخفاء العيب كان بنش منه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن المدة في التقنين العراقي ستة أشهر روى في التقنين المصري سنة - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٨ والأستاذ عباسي حسن الصراف فقرة ٤٣٨ - فقرة ٥٤٢) .

تقنين الموجبات والمفرد اللبناني م ٤٦٣ : إن الدعوى الناشئة عن وجود عيوب موجبة لرد المبيع أو عن خلوه من الصفات الموعود بها يجب أن تقام على الوجه التالي وإلا سقط الحق في إنائها : (١) تقام من أجل الأموال الثابتة في خلال ٣٦٥ يوماً بعد التسليم . (٢) وتقام من أجل المنقولات والحروانات في خلال ثلاثين يوماً بعد التسليم على شرط أن يرسل إلى البائع البلاغ المبرس على المادة ٤٤٦ . وهاتان المهلتان يمكن تمددهما أو تقصيرهما بالاتفاق المتعاقدين . (ومنك فرقان بين أحكام التقنين اللبناني وأحكام التقنين المصري : (١) المادة في التقنين اللبناني ٣٦٥ يوماً المقار والمثلثون يوماً للمنقول ، وهي في التقنين المصري ستة أشهر من المقار المنقول . (٢) يمكن الاتفاق على تقصير المدة في التقنين اللبناني ، ولا يمكن ذلك في التقنين المصري) .

وذلك حتى يستقر الثمن ولا يكون البائع مهدداً بهذا الضمان أمداً طويلاً يتعذر به التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن . والمدة كما نرى سنة واحدة تسرى من وقت تسلم المشتري للمبيع ، ففى هذا الوقت يصبح من الممكن للمشتري أن يفحص المبيع ليتبين ما إذا كان فيه عيب مرجح . بيان (١) . ومتى انقضت السنة سقطت بالتقادم دعوى ضمان العيب الخفى ، حتى لو كان المشتري لم يعلم بالعيب إلا بعد انقضاء هذه السنة ، فقد أراد المشرع أن يشر التعامل كما قدما ، ففى سلم البائع المبيع للمشتري وانقضت سنة على هذا التسليم أمن البائع تبعة ضمان العيب الخفى واطمأن إلى استقرار الصفقة ، غير ملتق بالآلى ما إذا كان المشتري سيطلع فيما بعد على عيب فى المبيع .

ومدة السنة يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقررة فى قطع مدد التقادم (٢) ، ولكنها لا ترقف فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، ولو لم يكن له نائب يمثله قانونياً ، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدنى) . وتوقف المدة إذا وجد سبب لرقف غير الأسباب المتقدمة (م ١/٣٨٢ مدنى) .

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة ، لأن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون (٣) . وإذا كان

(١) وذلك يجب أن يكون التسليم فعلياً ، فلا يكفى التسليم الحكى ، ولو أن المادة ٤٥٢ مدنى فى حالت هذه لم تصرح بذلك كما صرحت المادة ٤٣٤ مدنى فى خصوص العجز والزيادة فى مقدار المبيع (أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٠ ولكن قارن ص ٣٢٧ دالمش ١ - وأنظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٥ - الأستاذ جيل الشرقاوى ص ٢٨٤ - ص ٢٨٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٥١ - الأستاذ منصور معطى منصور فقرة ٩٤) . (٢) ولا يكفى إخطار البائع بالعيب لقطع التقادم ، بل يجب لقطعه عمل تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون .

(٣) أنظر مع ذلك ما جاء بالذكر الإيضاحية لمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢٧) من أنه يجوز الاتفاق على إنقاص مدة السنة ، وهو غير صحيح - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٥ والأستاذ محمد على إمام ص ٤٩١ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٦ و ص ٢٨٧ والأستاذ جيل الشرقاوى ص ٢٨٨ والأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٥١ ص ٤٢١ و فقرة ٣٤٧ والأستاذ منصور معطى منصور ص ٤١٠ ، ويلعبون مع الذكرة الإيضاحية إلى برار الاتفاق على إنقاص مدة التقادم .

يجوز الاتفاق على إطالة السنة ، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح ،
إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٢ مدني : « ما لم يقبل
البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول » . وإذا أضفنا إلى ذلك الفقرة الثانية من
المادة ٥٢ مدني ، تبين أن مدة التقادم في ضمان العيب الخفي تكون أطول من
سنة في حالتين : (١) إذا اتفق المتعاقدان على إطالة مدة السنة . كذلك يجوز
بعد تمام السنة أن ينزل البائع ولو ضمناً من التقادم بعد أن اكتمل ، وفقاً
للقواعد العامة (م ٢/٣٨٨ مدني) . (٢) إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعدد
إخفاء العيب عنه غشاً (١) ، فعند ذلك تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من
وقت البيع لا من وقت التسليم ، رجوعاً إلى الأصل بعد أن خرجنا من نطاق
الاستثناء . فإذا كشف المشتري العيب الذي أخفاه عنه البائع غشاً حتى بعد
انقضاء السنة ، كان له أن يرفع دعوى ضمان العيب في خلال خمس عشرة سنة
من وقت البيع كما قدمنا (٢) .

٥ ٣ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي

٣٧٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن
يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا
كان البائع قد تعدد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

(١) ولا يمكن مجرد علم البائع بالعيب ، فلو علم بالعيب ولكن لم يتعد إخفاءه غشاً كانت
مدة التقادم سنة من وقت التسليم .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ثم أجاز (المشروع)
أن تطول السنة في حالتين : (أولاً) إذا قبل أن يلتزم بالضمان لمدة أطول ، وهذا اتفاق
على تعديل الضمان بالزيادة فيه وسبب ذكر ذلك . (ثانياً) إذا تعدد البائع إخفاء العيب عن نفس
معه ، فلا تسقط دعوى الضمان في هذه الحالة إلا بخمس عشرة سنة « مجموعة الأعمال التحضيرية »
ص (١٢٤) .

(م ٤٨ - الوسيط ج ١)

والتفتع : ١٥٥ : على ما يأتي :

« إذا تضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل في البيع ،
فعل : أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع
الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار والإسقاط حقه في الصيانة ، كل
هذا ما يتفق عليه غيره » (١) .

ونقابل الأمر الأول في التفتين المدنى السابق المادة ٣٢١/٣٩٦ (٢) . ولما قبل
النص الثاني ولكنه تطبيق للقواعد العامة إلا بما يتعين بالمواجد المذكورة فيه .

(١) تاريخ النصوص

م ٤٥٢ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر
عليه في التفتين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى لم يذكر يشتمل على عبارة
« لحاشية » الواردة في آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٤٦٦ في المشروع
النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة الشيوخ عبارة « عاشية » فى « ترانس »
وله أصبح رقم ٤٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لحنه (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٤ ص ١٢٦ - ١٢٨)

م ٤٥٤ : ورد هذا النص فى المادة ٦٠١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر
عليه فى التفتين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يجعل المدة التى ترفع فيها
الدعوى ستة لا ستة شهور ، ولم يشتمل على عبارة « كل هذا » ثم يتفق على عده « الواردة فى آخر
النص » . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد تعديل المدة التى « فيها الدعوى من ستة إلى ستة شهور »
وأصبح رقم ٤٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وصاغت لجنة مجلس الشيوخ
عبارة « كل هذا ما لم يتفق على غير » فى آخر النص ، وأن الأحكام الواردة فى النص من قبيل
القواعد المستمدة التى يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وأصبح رقم النص ٤٥٤ . ووافق مجلس الشيوخ
عليه كما عدلت لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٠ - ١٣١)

(٢) التفتين المدنى السابق م ٣٩٦/٢٢١ : وكذلك لا يكون وجه لصيانة البائع إذا كان قد
اشترط عدم ضمانه كضمان الخفية إلا إذا ثبت علمه بها .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى محصر من هذا النص : « يقتصر التفتين
الحالى (السابق) فى خصوصه على صورة إسقاط الضمان ، فيقرر بقرار ذلك ما لم يكن قد ثبت علم
البائع بالخيب (م ٢٢١/٣٩٦) . أما المشروع فيشترط لبيان شرط الإسقاط أن يكون البائع
قد تمتد بإعطاء الخيب كما تقدم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) . انظر فى القانون
المدنى السابق المقتضىين ١٠٤٠ و ١٠٤١ و ١٠٤٢ و ١٠٤٣ - وانظر فى سريان نصين
التفتين الجديد من حيث كونهما لا يلا بفقرة ٣٧٩ فى المادة

وبقابل النقصان في التنفيذات المدنية العربية : في التفتين المدني للسوري المادتين ٤٢١ و ٤٢٣ - وفي التفتين المدني النبي المادتين ٤٤٢ و ٤٤٤ - وفي التفتين المدني العراقي المادتين ٥٦٧ - ٥٦٨ - وفي تفتين الموجبات والمقود اللبناني المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ (١) .

ونحن من هذه النصوص أنه قد يقع اتفاق بين المتبايعين على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي كما أوردناها فيما تقدم ، وقد يتخذ هذا الاتفاق صورة خاصة هي ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل . فنبحث كلا من المسألتين .

٣٧٩ - تعديل أحكام ضمان العيب الخفي باتفاق خاص : أحكام ضمان العيب الخفي ، كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق ، ليست من النظام

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٢١ و ٤٢٣ (مطابقتان للمادتين ٤٥٢ و ٤٥٥ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٢١١ - فقرة ٢١٣) .

التفتين المدني الليبي م ٤٤٢ و ٤٤٣ (مطابقتان للمادتين ٤٥٢ و ٤٥٥ مصري) .
التفتين المدني العراقي م ٥٦٧ : ١ - إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشترى المشتري بالعيب أدى سواه له ، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر . ٢ - وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت انعقد ومن العيب الحادث بعده قبل البصر ، وفي هذه الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث .
 م ٥٦٨ : ١ - يجوز أيضاً للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحدد مقدار الضمان . ٢ - عل أن كل شرط يقطع الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب .
 (وأحكام التفتين العراقي في مجموعها كأحكام التفتين المصري ، وانظر ما سنذكره فيما يل فقرة ٣٧٩ في الماثل . ولم يذكر ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن النذون فقرة ٢٦٤) .
تفتين الموجبات والمقود اللبناني م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولاً ، حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .
 م ٤٦١ : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة : أولاً - إذا صرح بها . ثانياً - إذا كان قد اشترط أنه لا يتحمل ضماناً ما .

العام (١) ، يجوز للمتبايعين أن يتفقا على تعديلها . والتعديل قد يكون - كما في ضمان التعرض والاستحقاق - بالزيادة أو بالإسقاط .

فالانفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان . مثل الزيادة في أسباب الضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يضمن له كل عيب في المبيع لم يبينه وقت التسليم حتى لو أمكن تبينه من طريق الفحص بعناية الرجل العادى ، أو أن يتفق معه على اطالة مدة التقادم فتكون أكثر من سنة وقد سبق ذكر ذلك . وضمان البائع صلاحية المبيع للعمل إنما هو ضرب من الانفاق على زيادة أسباب الضمان كما سنرى . ومثل زيادة مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشتري ، إذا ظهر عيب في المبيع يجز رده على البائع ، أن يسترد المصروفات الكمالية حتى لو كان البائع حسن النية ، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً . فكل هذه الشروط التي من شأنها أن تزيد في ضمان البائع للعيب الخفى اثره ، ويجب العمل بها .

والانفاق على إنقاص الضمان قد يتعلق أيضاً إما بأسباب الضمان وإما بدعوى التعويض . مثل إنقاص أسباب الضمان أن يشترط البائع على المشتري ألا يضمن له عيباً معيناً يذكره بالذات ، أو ألا يضمن له العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص الفنى المتخصص (٢) . وقد قدمنا أنه لا يجوز لإنقاص الضمان من ناحية الانفاق على تقصير مدة التقادم ، بالرغم مما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المبدئى فى هذا الصدد . ومثل إنقاص مدى التعويض أن يشترط البائع على المشتري ، إذا رد المبيع المعيب عليه ، ألا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن ، أو ألا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون أن يدفع أى تعويض آخر . وقد يتفق بائع السيارة مع المشتري على أنه إذا ظهر عيب فى بعض أجزاء

= (وأحكام التقنين الجنائى فى مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى ، ولم يذكر التقنين الجنائى ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان تطبيق للقواعد العامة) .

(١) استئناف مئثل ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٤٢٥ .

(٢) وكاشف الخاطى البائع علم ضمان لون المبيع وصبغته (أنسيكلويدى الذلوزة انظ Vice Réd.

ص ٤١ - الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٤) .

السيارة انحضر الضمان في استبدال أجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة في خلال مدة معينة (١) . فكل هذه شروط جائزة ، ويجب العمل بها . إلا أنه بشرط في صحتها ألا يكون البائع عالماً بالعيب الذي اشترط عدم ضمانه فتعمد إخفاؤه عن المشتري غشاً منه ، ذلك أنه لا يستطيع شخص أن يدعي نفسه بالتق خاص من المسؤولية عن غشه (٢) . ولا يكفي أن يكون البائع عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يتعمد إخفاؤه . فإذا كان البائع عالماً بالعيب ولم يتعمد إخفاؤه عن المشتري واشترط عدم ضمانه لهذا العيب ، جاز شرط عدم الضمان . وفسر ذلك بأن البائع قد نبه المشتري باشتراطه عدم الضمان إلى احتمال وجود العيب ، ولم يغشه بتعمد إخفاء العيب عنه ، فقبل المشتري تحمل هذه المخاطرة ، ولا بد أن يكون قد روعى ذلك في تقدير ثمن المبيع . ويقرب من هذا أن يكون العيب ظاهراً أو في حكم الظاهر أو معلوماً من المشتري ، فقد قدمنا أن البائع لا يضمنه . فكما أن إخفاء العيب شرط في وجوب الضمان ، كذلك ظهور العيب أو علم المشتري به هو بمثابة اتفاق ضمني على عدم الضمان .

والاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع . ويصح هذا الشرط ، فلا يكون البائع ضامناً لأي عيب يظهر في المبيع (٣) ، حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يتعمد

(١) بلانيول وريير وهامل ١٠ فترة ١٢٩ من ١٥٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى ، أو على إنقاصه كما لو اشترطت مدة أقل من سنة (؟) أو اشترط قصر الضمان على العيوب التي لا تظهر إلا بعد الفحص الفني » أو على إسقاط الضمان أصلاً . غير أن الاتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اقترن بتعمد البائع لإخفاء العيب ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ١٢٧) .

(٣) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٧ ، من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود في المبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض » وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث ، (أنظر أيضاً فقرة ٢٧٨ في الماشي) ، ونظائر من هذا النص أن شرط براءة البائع عن كل عيب شرط =

١ - ما عن المشتري (١) ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخبار كما رأينا في ضمان التعرض والاستحقاق ، ويراعى ذلك عادة في تقرير من المبيع . ونرى من ذلك أن شرط إسقاط الضمان لا يصح إذا كان البائع عالماً بميب في المبيع وتعمد إخفاءه عن المشتري غشاً منه ، لأنه يكون في هذه الحالة لا بشرط عدم مسئولته عن الغش وهذا لا يجوز (٢) .

١٨٠ - ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل : في بعض الأشياء الدقيقة

الصنع السريعة الخلل ، كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات والثلاجات والدفايات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو ، يشترط المشتري على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة ، سنة أو سنتين أو نحو ذلك . فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع ، لأنه لا يشترط خلو المبيع من العيوب

مطلق يمس العيب الموجود بالمبيع وقت البيع واليب الحادث بعده وقبل القبض ، أما شرط مسؤولية البائع من كل عيب موجود بالمبيع فقد أريد به تخصيص العيوب الموجودة بالمبيع وقت البيع لأنها هي العيوب التي كانت موجودة في هذا الوقت فلا ينصرف الشرط إلى غيرها . وقد سائر " في العراق في هذا الحكم الفقه الحنفى على خلاف في هذا الفقه . والمعبرة في القانون المصري بتفسير نية المتعاقدين ، فإن أرادوا الإطلاق برى البائع من ضمان كل العيوب ويدخل العيب الحادث - البيع وقبل القبض ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع . وإن أراد التخصيص برى البائع من ضمان العيوب الموجودة وقت العقد دون العيوب التي تحدث بعده ذلك ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب .

(١) وكان التفتين المدني السابق (م ٣٩٦/٣٢١) يقضى بغير ذلك ، فكان لا يصح شرط باطلا الضمان إذا ثبت علم البائع بالعيب (أنظر آند مرة ٣٧٨ في الماشي) . والمعبرة بتاريخ البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بالمعيب باطلاً ، وإلا كان صحيحاً وفقاً لأحكام التفتين الجديد .

وفي التفتين المدني الفرنسي (م ١٦٤٣) لا يجوز شرط إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب ، كما كان الأمر في التفتين المدني المصري السابق . وانقسم الفقه الفرنسي في إسقاط الضمان مع علم البائع بالمعيب إذا كان المشتري قد اشترى ساقط الخبار (à ses risques et périls) ، فرأى يذهب إلى إسقاط الضمان (أوبري ورو ٥ - فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ وهاشي ٢٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٩ ص ١٦٥) ، ورأى يذهب إلى عدم إسقاطه (لوران ٢٤ فقرة ٣٠٥ - جهور ١ فقرة ٣٥٤ - بودري وسينيا فقرة ٤٢١) .

(٢) ومثل ذلك أن يكون العيب ناشئاً من فعل البائع ، فيكون باطلاً الاتفاق على عدم ضمان العيب أو الاتفاق المطلق على إسقاط الضمان (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٦) .

فحسب ، بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل بنفع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن (١) . والذي يعنى المشتري في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحاً للعمل ، ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعاً إلى عيب معين . ذلك أن تركيب المبيع في هذه الحالات يقتضى مرادة دقة تامة ، أى خلل فيها يجعل المبيع غير صالح للعمل ، دون أن يمكن إسناد ذلك إلى عيب بالذات . ومن هنا يجيء احتياط المشتري ، فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ويضمن بذلك إلى أنه اشترى شيئاً صالحاً للعمل هذه المدة على الأقل ، ويقلب أن المبيع إذا صالح للعمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضاءها إلى المدى المألوف في التعامل . وهذا الشرط جائز ، ويجب العمل به .

ويتميز هذا الضمان الخاص عن زيادة الضمان بوجه عام فيما يأتي :

أولاً - أنه يجعل الضمان شاملاً لأي نوع من الخلل في المبيع حتى لو لم يكن هذا عيباً ، فيكفى ألا يكون المبيع صالحاً للعمل حتى يتحقق الضمان (٢) . وثاني عن البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للعيوب الخفية ، فيضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح (٣) ، كما عيب في طلاء الساعة الخارجى (٤) ، فتسرى القواعد المقررة في ضمان العيب الخفى ومن أهمها أن تكون مدة التقادم ستة لا ستة شهور وأن يكون الإخطار في الوقت الملائم لا في مدة شهر (٥) .

(١) قانون الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٩٦ - وقد يرجع عدم صلاحية المبيع للعمل إلى عيب ظاهر غير خفى ، فيضمنه البائع بالرغم من ظهوره وعدم إخفائه ، ومن ثم كان هذا الشرط زيادة في الضمان المتأخر (بودرى وسيتيا فقرة ٤٣٤ ص ٤٤٤) .

(٢) وذلك ما لم يكن عدم الصلاحية للعمل راجعاً إلى المشتري ، كأن تقتطد الدائمة من يده فتتكسر (الأستاذ منصور ومصطفى منصور فقرة ٢١١) .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٤٨٩ .

(٤) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١ .

(٥) أسرار كوريبي دالموز ، الف ٤٠٠ Vice Réd. فقرة ٧٤ - ويكون هذا بحسب إرادة

المتعاقدين ، وإن كانا بريئان ، بل هذا الضمان يصل على ضمان كميوب الخفية لم يكن أثر الأخير على إلزامه ، وإن كان بريئاً هذا الضمان بالإضافة إلى ضمان كميوب الخفية دون أن يُلزم به ، يجب العمل بهذه الإرادة . أنظر في هذه المسألة قولك فيجب أن يبريد المتعاقدان

أولاً - أن يقترن بمدة معينة يكون فيها البائع مسئولاً عن الضمان ، وهي مدة يقدر المشتري أنها تكفي لتجربة صلاحية الشيء للعمل كما إذا كان المبيع ساعاً أو سيارة ، أو أنها تكفي لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية .

ثانياً - أن المدة التي يجب فيها أن يخطر المشتري البائع بالخلل هي شهر من وقت ظهوره ، وإلا سقط الضمان . وفي الضمان العادي لم تحدد مدة للإخطار ، بل يكون ذلك في الوقت الملائم كما سبق القول . ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان في الحالة التي نحن بصددنا على أن تكون مدة الإخطار أكثر من شهر أو أقل ، فليست أحكام هذا النص من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها كما ورد صراحة في النص (١) .

ثالثاً - أن المدة الواجب رفع دعوى الضمان فيها هي سنة شهور من وقت الإخطار . وفي الضمان العادي المدة سنة من وقت تسليم المبيع كما قدمنا . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون المدة أقل من ستة شهور . فليست المدة هنا مدة تقادم بل هي مدة سقوط وهي ليست من النظام العام فتجوز إطالتها ويجوز تقصيرها باتفاق خاص . أما مدة السنة في الضمان العادي فهي مدة تقادم ، تجوز إطالتها ولا يجوز تقصيرها كما سبق القول .

رابعاً - يكون التعويض عادة في هذا الضمان أن البائع يصلح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل ، وإذا لم يكن قابلاً للإصلاح أبدله بمثل له يكون صالحاً (٢) .

= احلال هذا الضمان محل العيوب الخفية بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ ص ١٦١ . ويلعب أوبري ورو إلى أن المفروض في هذا الضمان أنه يمنع الضمان الخاص العادي ما لم يكن البائع يعلم بالعيوب فيضت الضمان العادي إلى جانب الضمان الخاص (أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٥ مكررة ص ٨٨) .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٢١ - ويجوز رفع دعوى الضمان مباشرة ويعتبر إعلان صحيفتها إخطاراً كافياً ، ولكن المشتري يمرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٩٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ٣٥٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص النص الذى نحن بصدد ما يأتى : « هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسى الإبطائى (م ٣٧٤) ، ولا نظيره فى التقنين الحالى (السابق) . ويقصد به ضمان صلاحية للبيع فى الأشياء الدقيقة كآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك . فإذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للمعدل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشتري البائع ل مدة شهر من ظهور الخلل وإلا سقط حقه فى الضمان ، وأن يرفع الدعوى فى مدة سنة (سنة أشهر) من هذا الإخطار . ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفة الإخطار كفاً ، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه . ويلاحظ أن ميعاد الإخطار فى هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر ، خلافاً لحالة ضمان العيب بوجه عام حيث نص على أن الإخطار يكون فى الوقت الملائم . وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر والسنة (والسنة الأشهر) (١) . »

٤٥ - تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية

٣٨١ - بعض النظم القانونية التى تقارب ضمان العيوب الخفية :
الآن وقد فرغنا من بسط أحكام ضمان العيوب الخفية فحددنا هذا الضمان ، فسأكمل تحديده بتمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى التى تقاربه وقد تلتبس به فى بعض الحالات . ونذكر من هذه النظم الغلط والتدليس والفسخ لعدم التنفيذ والمعجز فى المقدار وضمان الاستحقاق الجزئى .

== وهذا حتى لو لم يذكر كيف يكون التمريض . فإذا كان إصلاح المبيع متعذراً ، رجع المشتري على البائع وفقاً لقواعد المقررة فى ضمان العيب الخلق ، فبدر المبيع أو يستبدله مع التمريض إذا كان العيب جسيماً ، وإذا كان العيب غير جسيم اكتفى بالتمريض (الأستاذ أنور سلطان لقطة ٢٨٨) . ويجوز الاتفاق على تعديل مدى التمريض ، بأن يشترط المشتري رده المبيع ولو لم يكن العيب جسيماً أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيماً (الأستاذ محمود - منظر منصور ص ٢١٢) .

٣٨٢- التمييز بين ضمان العيوب الحقيقية والغلط : قد يقع الغلط في صفة جوهرية للمبيع ، فإذا كانت هذه الصفة تنصل بصلاحيه المبيع للغرض الذي أعد له بحيث أن انتفاءها يجعله غير صالح لهذا الغرض ، فإن البيع يكون في هذه الحالة قابلاً للإبطال للغلط، ويكون في الوقت ذاته منشأً لضمان العيوب الخفية . فإذا اشترى شخص فرساً على أنه صالح للسباق فوجده غير صالح له ، أمكن القول إن المشتري وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء ، وأمكن القول في الوقت ذاته إن البيع به عيب خفي . فيجوز للمشتري في هذه الحالة أن يرجع على البائع إما بدعوى الغلط وإما بدعوى ضمان العيوب الخفية ، فيختار أحدهما ولكنه لا يجمع بينهما . فإذا رجع بدعوى الغلط وجب أن يثبت أن البائع كان واقعاً في غلط مثله أو كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط الذي وقع فيه ، ويستوى أن يكون قد اشترى الفرس مساومة أو اشتراه في مزاد قسافي أو إداري ، ويجب أن يرفع الدعوى في خلال سنوات من وقت علمه بالغلط أو في خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع بحسب الأحوال وهذه هي مدة التقادم في دعوى الغلط . ويطلب في هذه الدعوى إبطال البيع ، فإذا حكم بالإبطال اعتبر البيع كأن لم يكن ، فاسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى ورود المبيع (١) . أما إذا رجع المشتري بصحان العيوب الخفية فالأمر يختلف عن كل ما تقدم : لا يطلب من المشتري إلا أن يثبت أن الغرض المقصود من الشراء هو أن يكون صالحاً للسباق وقد غام أنه غير صالح لهذا الغرض . ولا يطلب منه أن يثبت بعد ذلك أن البائع كان يجهل ذلك أو يعلمه ، فسواء

(١) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢١٩ مدني بأنه ، إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . فإذا ذكر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ، سقط حقه إذن في طلب إبطال البيع بسبب الغلط ، ولكن لا يسقط حقه في الطعن بسبب العيب الخفي . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥١ مدني (٢/١١٩) خاصة بحالة تدليس المشتري بالبيع لا بحالة ظهور العيوب الخفية ، وعلى ذلك فإن طالب الترخيص للعيب الخفي لا يمنع منه أن يكون المشتري قد أقر منذ قبل المبيع بأنه عالم به . وحسب بمرقة أحد رجال القضاة (نقض على ٢ مايو سنة ١٩٤٦) بحسب مقرر . (١٥٦ ص ١٥٦) .

جهله أو علمه ، وصواء اشتراك مع المشتري في غلط مشترك أو لم يشترك ، وصواء علم بوقوع المشتري في غلط جوهرى أو لم يعلم ، ففي جميع الأحوال قد ثبت أن المبيع عبأ خفياً يوجب الضمان . ومن هنا نرى أن العيب الخفى أمر موضوعى محض ، أما الغلط فأمر ذاتى محض (١) ، وإن كان الأمران قد اجتمعا معاً في المثل الذى نحن بصدده . وإذا كان المشتري قد اشترى الفرس في مزاد قضائى أو إدارى امتنع عليه أن يرفع دعوى ضمان العيب ، وقد رأينا أن لا يمتنع عليه في هذه الحالة رفع دعوى الغلط . ويجب على المشتري رفع دعوى ضمان العيب خلال سنة من وقت تسلمه الفرس بعد أن يخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم ، وقد رأينا في دعوى الغلط أن المشتري لا يخطر البائع بشيء وله أن يرفع الدعوى في ثلاث سنوات أو في خمسة عشرة سنة بحسب الأحوال . ويطلب المشتري في دعوى ضمان العيب إما رد الفرس إلى البائع وأخذ تعويض منه ليس هو الثمن ، وإما استبقاء الفرس وأخذ تعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب . وقد رأينا في دعوى الغلط أن البيع يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، ويسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى . ويرد الفرس للبائع وليس له أن يستبقه مع أخذ تعويض (٢) .

وهذه الفروق الكبيرة بين الدعويتين تجعل من المهم أن نعرف متى يكون هناك محل لدعوى الغلط دون دعوى ضمان العيب ، ومتى يكون هناك محل لدعوى ضمان العيب دون دعوى الغلط ، فقد يقع أن يلزبس الغلط بالعيب الخفى فيصبح من الضرورى التمييز بينهما . فالغلط أمر ذاتى كما قدمنا ، وهو يقع في صفة جوهرية في المبيع جعلها المشتري محل اعتباره ، ولكن دون أن تتصل هذه الصفة الجوهرية بحما بالغرض الذى أعد له المبيع . أما العيب الخفى فأمر موضوعى كما سبق القول ، وهو يقع في الغرض الذى أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الغرض ، سواء كان هذا محل اعتبار ذاتى عند المشتري أو لم يكن (٣) .

(١) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١١٦ م ١٣٩

(٢) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٢٧ - بوردري وسينيا فقرة ٤١٤ .

(٣) فن وقع في غلط في المبيع يكون قد اشترى شيئاً غير الشيء الذى قصد شراؤه ، أما من اشترى شيئاً معيهاً فقد اشترى الشيء الذى قصد شراؤه وإن كان به عيب . فإذا اشترى شخص =

ومن ثم قد يوجد الغلط دون أن يوجد العيب الخفى . فإذا اشترى شخص
أثاثاً لفرقة استقبال معتقداً أنه من طراز معين تبين بعد ذلك أنه ليس من هذا
الطراز ، أو اشترى سيارة أو آلة ميكانيكية معتقداً أنها من « ماركة » معينة فتبين
أنها ليست من هذه « الماركة » ، كان هذا غلطاً فى صفة جوهرية فى المبيع . وليس
من الضروري أن يكون هذا عيباً خفياً ، فقد يكون الأثاث الذى اشتراه بـ
أو السيارة أو الآلة الميكانيكية - صالحاً لكل الاستعمالات المقصود ، بل قد
يكون أكثر صلاحية من الطراز الذى أراده المشتري ، فلا يمكن القول فى هذه
الحالة أن المبيع به عيب خفى . عند ذلك لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع
بضمأن العيوب الخفية ، وليس أمامه إلا أن يرجع بدعوى الغلط فىراعى أحكام
هذه للدعوى وبخاصة الأحكام التى سبق ذكرها .

أما أن يوجد العيب الخفى دون أن يوجد الغلط ، فهذا أمر نادر . ذلك أن
العيب الخفى معناه أن بالمبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض المقصود فيغلب أن
يكون العيب واقعاً فى صفة جوهرية اعتبرها المشتري ، ويكون المشتري غير
عالم بالعيب ، وهذا هو عين الغلط (١) . ومع ذلك قد يقع أن يكون العيب الخفى
غير متصل بصفة جوهرية فى المبيع كانت هى محل اعتبار المشتري . ففى المثل
المستعمل إذا اشترى شخص أثاثاً لفرقة استقبال من طراز معين فوجد ما من هذا

== يقولون على أنها «تتأخر» فظن المسكلاريدس ، تبين أنها ليست «تتأخر» أصلاً أو أنها «تقاوى»
الظن غير المسكلاريدس ، فانه يكون قد وقع فى غلط يردى . أما إذا كانت البلور هى تقاوى
لفظ المسكلاريدس ولكنها فقدت قوة الإنتاج ، فليس هذا بغلط وإنما هو عيب خفى (المستأنف
مخطوط ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٦١) .

ويقول بعض الفقهاء العيب أوسع من الغلط ، لأنه يقع فى صفة غير جوهرية فى الشيء .
مادام يؤثر فى صلاحيته للغرض الذى أعد له . وهو على اثره فانه أصيب من الغلط ، لأن أية
صفة يعتبرها المتعاقدان «جوهرية» فى الشيء يجوز أن يقع فيها غلط ، وبذلك لا يكون من شأنه هذا
الغلط أن يؤثر فى صلاحية المبيع الغرض الذى أعد له فلا يكون الغلط عيباً (ريدان ١١
٢٩١٠) .

(١) ولكن إذا كان البائع عالماً بالعيب غير أنه يعتقد أن المشتري عالم به فله (١) يجوز للمشتري
أن يرجع على البائع لأن البائع غير مشترك به فيه وبغير علم بواقعه ، فلا يقع أمامه إلا أن
يرجع على البائع بضمأن العيوب الخفية إذا كان البائع الذى اشترى من المشتري «جوهرية» فى المبيع . عند
ذلك لا يمكن أن يقال فى هذا إن كان المشتري قد وقع فى خطأ فليس له أن يرجع .

الطراز ، ولكن وجد بها عيباً خفياً ينقص من صلاحيتها تعرض المقصود ، فان له في هذه الحالة أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفى وليس له أن يرفع دعوى الغلط ، فلا يرد المبيع إلى المشتري بل يستبقه مع أخذ تعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب (١) . فإذا كان العيب جسيماً ثبت لو كان المشتري قد علم به لما أقدم على الشراء ، وهذا هو العيب الذى يجيز رد المبيع ، فان هذا معناه أن العيب قد اتصل بصفة جوهرية في المبيع . وهنا تختلط دعوى ضمان العيب بدعوى الغلط (٢) ، ويكون للمشتري أن يختار إحداهما على النحو الذى يسطناه .

٣٨٣ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس : وقد يقوم

ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس ، وذلك فيما إذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه ولكنه لم يدلّس على المشتري بأن تعدد مثلاً أن يحتج عنه العيب . وقد يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب ، وذلك فيما إذا كان الغلط الذى انساق إليه المشتري عن طريق التدليس لا يتصل بالغرض المقصود من المبيع ، ولكن بصفة جوهرية فيه كانت هي محل اعتبار المشتري (٣) . وقد يجتمع ضمان العيب مع التدليس ، وذلك فيما إذا كان بالمبيع عيب خفى تعدد

(١) وإذا اشترى شخص حلياً على أنها من ذهب ، فإن وجدها من فضة مذبة رفع دعوى الغلط ، أما إن وجدها من ذهب خالص ولكن بالذهب عيب ينقص من قيمته رفع دعوى ضمان العيب . وإذا اشترى شخص صورة زيتية على أنها من صنع رسام معروف ، فإن وجدها من غير صنعه رفع دعوى الغلط ، وإن وجدها من صنعه ولكن بالصورة عيوب تنقص من قيمتها رفع دعوى ضمان العيب (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٥ مكررة خامساً - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٠ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٣١ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٣٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٧ - الأستاذ جميل الشرفارى فقرة ٧٦ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٤٢٠ - فقرة ٤٢١) .

(٢) أنظر الأستاذ محمد على إمام ص ٣٩٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٢٤٧ .

(٣) وقد رأينا أن العيب إذا كان مما يمكن تبينه بالفحص المتعاد ولم يتبينه المشتري لعدم خبرته ، لم يكن هناك محل لضمان العيب . ولكن يكون للمشتري أن يتمسك بالتدليس إذا تعدد البائع إخفاء العيب عن المشتري غشاً منه بالرغم من أن المشتري كان لا يتبينه حتى لو لم يخفنه عنه البائع . فهنا يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب (أنظر آنفاً فقرة ٣٦٧ فى الماشى) .

البائع إلتفاهه عن المأثرى فمضاً معه ، فيجوز للمشتري عند ذلك رفع دعوى
بأن العيب أو رفع دعوى التدليس (١) .

والفرق بين الدعويين كبيرة كالفروق التي بين دعوى ضمان العيب ودعوى
الغلط . ففي التدليس يجب أن يكون البائع ، لاصية النية فحسب ، بل أيضاً
مدلماً أي أن يكون قد عمد إلى طرق احتيالية لبوتع المشتري في الغلط ، أما في
ضمان العيب فيصح أن يكون البائع حسن النية (٢) . وفي التدليس يصح أن يكون
البيع بالمزاد الفضي أو الإداري ، ويمتنع ذلك في ضمان العيب . وفي التدليس
يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما في الغلط ،
أما في ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الإخطار بالعيب خلال ثلاث
سنوات من وقت تسلم المبيع . وفي التدليس يحكم القاضي بإبطال البيع فيزول
ترجعي ويعتبر كأن لم يكن فيسترد المشتري الثمن مع التعويض وبرد المبيع ،
أما في العيب الخفي فيبقى البيع وقد يرد للمشتري المبيع وقد لا يرده ويقضى من
البائع تعويضاً يشتمل على عناصر معينة غير عناصر التعويض في التدليس .

٣٨٤ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ :

وقد يتلاقى ضمان العيب مع الفسخ لعدم التنفيذ ، فيتميزان تارة ويختلطان
أخرى . يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يقوم ضمان العيب إذا اشترط المشتري
مثلاً أن يكون المبيع في حالة جيدة ، فيثبت أنه ليمر في هذه الحالة وإن كان
في حالة صالحة تماماً للأغراض المقصودة منه ، فيجوز للمشتري أن يطلب فسخ
العقد لعدم تنفيذ البائع لا لزمه من تسليم المبيع في حالة جيدة ، ولكن لا يجوز
له أن يرجع على البائع بضمان العيب لأن المبيع خال من كل عيب وهو صالح
لغرض المقصود (٣) . ويقوم ضمان العيب دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ إذا

(١) ميدان ١١ فقرة ٣٦٥ - بلانويل وريبير ومادل ١٠ فقرة ١٢٦ من ١٢٨ .

(٢) كولان وكارباتان ١٠ فقرة ٩٢٠ .

(٣) رسل ذلك أيضاً أن يشترط المشتري أن يكون المبيع مستوعباً من مادة معينة ، فإذا به
يصدر عن عادة أخرى وإن كان صالحاً للغرض المقصود ، فيكون للمشتري دعوى الفسخ لعدم تنفيذ
البائع لا لزمه دون دعوى ضمان العيب الخفية . وقد قضت محكمة النقض بأن العيب الذي يترتب
عنه دعوى ضمان العيوب الخفية غير الإلزامي بالسلامة التي تلزم فيها النظرة السليمة للمبيع ، فإذا كان

ويجوز للمشتري المبيع في الحالة التي اشترطها ، ولكن وجب به عيباً زهناً ينقص من صلاحيته للفرض المقصود . فعند ذلك يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمحل العيب ، ولكن لا يجوز له أن يطالب فسخ العقد لعدم التنفيذ (١) . وإذا اشترط المشتري أن يكون المبيع في حالة صالحة للفرض المقصود (٢) ، ثم تبين أن المبيع ليس في هذه الحالة ، جاز للمشتري إما أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه من تسليم البعير في حالة صالحة للفرض المقصود ، وإما أن يرجع بضمحل العيب لو جرد عيب في المبيع يجعله غير صالح للفرض المقصود ، فيجتمع هنا الفسخ لعدم التنفيذ وضمحل العيب (٣) .

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمحل العيب . ففي الرجوع بالفسخ لا يشترط أن يكون المشتري غير عالم بالعيب ، ويشترط ذلك في ضمان العيب . ويجوز الفسخ حتى لو كان البيع بمزاد قضائي أو مزاد إداري ، ولا يجوز ضمان العيب . وهذه التقادم في الفسخ خمس عشرة سنة من وقت الانحلال البائع بالتزامه ، وهي سنة واحدة من وقت التسليم في ضمان العيب ، والفسخ يزيل العقد بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري المبيع ويسترد الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى . أما في ضمان العيب فالبيع قائم ، وعلى ألسانه

== ما يشكر منه المشتري ور أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة التي اشترطها ، فذلك لا يوجب عيباً زهناً موجباً له فسخه ، فالحكم الذي يؤسس قضاءً بالفسخ على القول بوجود عيب زهني أو عيب من مخالفة المادة التي اشترطها المشتري في ذلك مبادرات العقد صراحة على أنها كانت لا توجب الفسخ فيه يكون مخالفاً لقانون مدني نقضه (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ م - محكمة مصر ، رقم ١٢٩٩ ص ٥٨٧) . - أنظر أيضاً استئناف طنطا ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤٤ ص ٢٨٨ - ١٩٠ م ١٩٠ م ١٩٢٤ م ٤٧ ص ١٩ - ١٤ مايو سنة ١٩٢٤ م ٤٧ ص ٤١٢ .

(١) وكذلك لو وجد المشتري المبيع مطابقاً للبيعة ، ولكن العيب ظاهراً كان بها عيب زهني ، فذلك يكون للمشتري دعوى ضمان العيوب الظاهرة دون دعوى الفسخ لعدم التنفيذ (بلاتريل وريبير وناطل ١٠ ص ١٣٨ عاشر ١) .

(٢) أو كذا في البائع للمشتري ويوجد عيوب زهنية ثم المبيع لم تبين أنه البائع بخال منها أو من عيوبها ، جاز له أن يرجع المشتري على البائع بضمحل العيوب الظاهرة كما سبق القول ، وجاز أيضاً أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ ، وبذلك من التعويض إذا كان له مقتضى (بخاروا الأستاذ منصور وناطل منصور ص ٢١٨ - ص ١١٩) . وبذلك يرد المشتري إلى مكان الفسخ (بلاتريل) .

(٣) بلاتريل وريبير وناطل ١٠ ص ١٣٩ - ص ١١٧ .

إما أن يرد المشتري المبيع ويأخذ تعويضاً من المشتري ، وإما أن يستثنى المبيع من أخذ تعويض (١) .

٣٨٥ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والعيوب في مقدار المبيع :
يمكن هناك عجز في مقدار المبيع ، فلا يلتبس ذلك بالعيوب الخفية . إذا العجز في مقدار المبيع هو نقص في كميته ، أما العيب الخفي في المبيع فنقص في صفته ، والنقص في الكم غير النقص في الكيف .

وتختلف دعوى العجز عن دعوى العيب في أن الأولى لا تقتض حسن نية المشتري والثانية تقتض حسن نيته ، وفي أن الأولى تجوز في بيع بالمزاد القضائي أو الإداري والثانية لا تجوز . وتنشأ الدعويان في أن مدة التقادم في كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلي ، وفي أن المشتري يستطيع رد المبيع أو استبقائه إذا كان العجز أو العيب جسيماً وليس له رد المبيع إذا كان العجز أو العيب غير جسيم . ولكن في دعوى العجز إذا رد المشتري المبيع يكون ذلك عن طريق فسخ البيع فبزول تأثير رجعي وباعتبار كأن لم يكن ، أما في دعوى العيب فلا يكون عن طريق فسخ البيع بل إن البيع يبقى كما سبق القول (٢) .

٣٨٦ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي :
يتقارب الاستحقاق الجزئي من العيب من ناحية ما يعود على المشتري من الخسارة بسبب كل منهما ، إلى حد أن المشرع جمعاً لئلا واحداً في الاثنين كما رأينا . ولكن الاستحقاق الجزئي لا يفرض وجود عيب في المبيع بل يفرض حقاً للغير عليه ، فالمبيع سليم من ناحية مادته ومعيب من ناحية ملكيته . أما العيب فيفرض وجود عيب فالمبيع لاحقاً للغير عليه ، فالمبيع معيب من ناحية مدته وسليم من ناحية ملكيته . وقد كان القانون الفرنسي القديم يخلط بين الاثنين في حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، فيعتبر هذا عيباً خفياً ، والصحيح أنه

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٤٦ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٤٤ .

استحقاق جزئى ، لأن حق الارتفاق حق لغير على المبيع لا عيب فى ذات المبيع .
ويختلف ضمان الاستحقاق الجزئى عن ضمان العيب الخفى فى أن المشتري
فى ضمان الاستحقاق لا يشترط أن يكون حسن النية ويشترط ذلك فى ضمان
العيب ، وفى أن ضمان الاستحقاق جائز فى البيع بالمراد القضائى أو الإدارى
وضمان العيب غير جائز ، وفى أن مدة التناهد فى ضمان الاستحقاق خمس عشرة
سنة من وقت الاستحقاق والمدة فى ضمان العيب سنة واحدة من وقت التسليم .
ويشترط الاثنان فى الجزاء كما قدمنا ، فيجوز للمشتري فى ضمان الاستحقاق
وفى ضمان العيب رد المبيع أو استبقاؤه إذا كان الاستحقاق أو العيب جسما ،
ولا يجوز له الرد إذا كان الاستحقاق أو العيب غير جسم ، وإذا رد المبيع فإن
ذلك لا يكون عن طريق فسخ البيع بل يبقى البيع فى الحالين كما سبق القول (١) .

الفرع الثانى

التزامات المشتري

٣٨١ - التزامات مضمونة : يلتزم المشتري ، بموجب عقد البيع ذاته
ودون حاجة إلى ذكر خاص ، بالتزامات ثلاثة : (١) الوفاء بالثمن (٢) تحمل
مصرفات البيع (٣) تسلم المبيع (٤) .

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر اى فقرة ٢٤٤ .

وقد يكون البيع غير مشروع فلا يعتبر هذا مجرد عيب فى المبيع ، ويكون عيب باطلا
(أنسب أن يرد) ، فالمراد لفظ Vice Red - فقرة د - وعدم المشروعية يرجع إلى اعتبار القوانين
أما العيب ، فيرجع إلى اعتبار فى البيعة التى ، وقد يشترط القانون مبرها فى البيعة التى - كما فى
الأنفذية - غير مبره ، فيجتميع الاعتباران ولكن اعتبار القانون بينهما ليكون العيب باطلا
(أنسب أن يرد) فالمراد لفظ Vice Red - فقرة ٢٠) . وقد يصل العيب من الجاهة إلى بطلان
البيع فى حكم العقود ، كبيع فاسد أو فاكهة عسكرة أو حق تولد ، فلو ودخل فى الحكم بتمامه
فبعد ذلك يكون العيب محله معدوم وقت العقد ويكون باطلا لانعدام المحل ، فلا يشار فى هذه الحالة
ههنا الخفى (الأستاذ عبد المنعم البدر اى فقرة ٢٤٨) .

(٢) يذكر تقيين المراجعات والمزيد المباني (٤٦٥) من هذه الالتزامات كملاتمة التزامين :
دفع الثمن وتسلم المبيع .

(٣) (٤) = كبريت (٤٦٥)

المبحث الأول

الوفاء بالثمن

٣٨٨ - التزام الوفاء بالثمن وجزءه الاضطراري جزاء الالتزام :
المشتري ملتزم بأن يني للبائع بالثمن ، وقد رتب القانون للبائع ضمانات مختلفة
تتكفل له الوفاء بهذا الالتزام وتكون جزاء على الإخلال به .
فنبحث إذن : (١) التزام الوفاء بالثمن (٢) جزاء الإخلال بهذا الالتزام .

المطلب الأول

التزام الوفاء بالثمن

٣٨٩ - المسائل التي تبحث في هذا الالتزام : نبحث في خصوص
هذا الالتزام أمرين : أولاً - على أي شيء يقع التزام الوفاء بالثمن . ثانياً -
الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الوفاء بهذا الالتزام .

١٥ - على أي شيء يقع التزام الوفاء بالثمن

٣٩٠ - الثمن والفوائد: يشمل التزام الوفاء بالثمن : (١) دفع الثمن
المتفق عليه (٢) ودفع فوائد الثمن في بعض الأحوال .

٣٩١ - دفع الثمن - أهميته: دفع الثمن هو الالتزام الأساسي الواجب
على المشتري (١) ليقابل الالتزام الأساسي الواجب على البائع بنقل ملكية المبيع ،

(٢) وليس من الضروري أن يكون المشتري هو الملتزم بدفع الثمن ، فقد يلتزم الغير في نفس
عقد البيع بدفع الثمن ويكون ملكية المبيع للمشتري (جوابان ٢ فقرة ١٠١٧ - وأنظر أيضاً =

لإذ البيع إنما هو نقل ملكية المبيع في مقابل دفع الثمن .

والثمن هو مبلغ من النقود ينفق عليه المتبايعان (١) . وقد قدمنا عند الكلام في الثمن (٢) أن الثمن يجب أن يكون نقوداً ، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأن يكون جديداً أى لا يكون صورياً ولا تافهاً . فإذا توافرت هذه الشروط في الثمن ، فقد صح ، وأصبح واجب الوفاء بالشروط التي يقررها العقد وفي الزمان والمكان اللذين مدينهما فيما يلى . ومصرفات الوفاء بالثمن ، كنفقات إرساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف أو عن أى طريق آخر ، تكون في الأصل على المدين به أى على المشتري طبقاً للمادة ٣٤٨ مدنى وهي تنص على أن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وطرق الوفاء بالثمن وشروط صحة الوفاء تخضع للقواعد المقررة في الوفاء بالانترام ، كما يجوز للمشتري عرض الثمن على البائع وإيداعه لحسابه إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ويكون هذا وفقاً للقواعد المقررة في العرض والإيداع .

وقد كان المشروع التهديد بالتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص في هذا الخصوص هو المادة ٦٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تقضى بأن : يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد ، وهو الذي يتحمل نفقات

== فقرة ٢٠٣ في المائش . وتكون العلاقة ما بين البائع والمشتري هي العلاقة ما بين المتبايعين ، ف يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتحليمه إياه ، وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الفنية ، ويلتزم المشتري بتسلم المبيع . ولكن الغير هو الذى يلتزم نحو البائع بدفع الثمن والمصرفات ، فتكون علاقته بالبائع علاقة معاوضة ، أما علاقته بالمشتري فتكون علاقة تبرع إذا كان منبرماً له بالثمن ، أو بمثابة إذا كان يئى له ديناً أو يعطيه قرضاً أو نحو ذلك (بلانبول وريميور وبولانجيح ٢ فقرة ٣٤٩٣ - أنيكلوبيدى دالتوز ه لفظ vente فقرة ١٥٦٧ - فقرة ١٥٦٩) .

(١) وقد نقل الثمن الذى يلتزم المشتري بدفعه عن الثمن المتفق عليه كما في . حالة استرداد البائع للمشتري ، وقه يزياد كما في حالة الشراء لعقار القاصر بغير نائش (الأستاذ عبد الفتاح عبد البار فقرة ٢٧٧ - الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٧٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢٢١) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٠٣ و٢٠٤ منها

الوفاء» (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« هذه النصوص تقرر التزام المشتري بدفع الثمن ، وتبين ما الذى يجب أن يدفعه
وفاء لهذا الالتزام . فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ،
فقد يتفق على أن يدفع الثمن أقساطاً أو جملة واحدة . ويتحمل نفقات الوفاء
وفقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن ، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك
من وسائل النقل إذا حمل الثمن إلى مكان بعيد» (٢) . وقد حذف هذا النص
في لجنة المراجعة ، لأنه مستفاد من القواعد العامة (٣) .

٣٩٢ - دفع الفرائد - النصرة القانونية : وتنص المادة ٥٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - لاحق للبائع فى الفوائد القانونية من الثمن إلا إذا أعلز المشتري أو إذا
سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ،
هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف
المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (٤) .

(١) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق : م ٢٢٨/٤٠٦ - يجب على المشتري
وفاء الثمن والمياد والمكان الميعنين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه . م ٢٨٤ - ٣٥٦ -
ومصاريف المثال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وهذا إن لم يقض العرف التجارى
بخلاف ذلك فى حال الأحوال .

والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد - أنظر أيضاً م ٥٧١ عراق وم ٤٦٦ لبنانى .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ فى الهامش .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ٦٠٢ و ٦٠٤ من المشروع التمهيدى على

الوجه الآتى : م ٦٠٣ : لا يتقاضى البائع فوائد قانونية من الثمن إلا إذا أعلز المشتري ،
أو إذا أسلمه الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ، هذا
ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره - م ٦٠٤ : للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت أن
يسمح الثمن مستمداً ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو
عرف يقضى بغيره . وفى لجنة المراجعة أدرج المادتان فى مادة واحدة من فقرتين للارتباط =

وبقابل هذا النص في التقنين المدني المادة ٤١٠/٣٣٠ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٤٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٥٧٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٩٦ و ٤١٧ (٢) .

= الوثيق بينهما ، واقترح تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشتري ثمر المبيع ونماله وجعل
الاستحقاق يبدأ من وقت التسليم ، واقترح تعديل مضاف بجمل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع ،
فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير . وأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني
الجديد ، وصار رقمها ٤٧١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ
تحت رقم ٤٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٨ - ص ١٣٩ وص ١٤١ -
ص ١٤٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤١٠/٣٣٠ : إذا لم يحصل الاتفاق في عقد البيع على احتساب
فوائد الثمن ، لا يكون للبائع حق فيها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً ، أو كان المبيع
الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى .

(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إلا أن التقنين الجديد زاد الفقرة الثانية
من المادة ٤٥٨ الخاصة بتلك المشتري ثمرات المبيع ، هذا إلى أنه لم يشترط لاستحقاق الفوائد
أن ينتج المبيع ثمرات كما اشترط التقنين السابق بل يكفي أن يكون المبيع قابلاً لإنتاج الثمرات ؛
المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٦ (مطابقة لمادة ٤٥٨
مصرى - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٣٨) .
التقنين المدني الليبي م ٤٤٧ (مطابقة لمادة ٤٥٨ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٢ : ١ - لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق
الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات
أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ٢ - والزيادة الحاصلة في المبيع
بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنجاح ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ،
ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

(ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي لا يوجب الفوائد القانونية
عن الثمن إلا إذا كان مستحق الأداء ، أما إذا كان الثمن مؤجلاً فالقوائد لا تكون إلا بالتأجيل
على ذلك وأرسل المشتري المبيع القابل لإنتاج الثمرات - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ
حسن الكاذون فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٨٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٤٧ -
شجرة ٢٦٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩٦ : يجب على المشتري أن يدفع ثمنه تماماً - =

ويخلص من هذا النص أن الأصل هو أن يملك المشتري ثمر المبيع ونماءه متحملاً نفقائه من وقت تمام البيع ، ويقابل تملك المشتري للثمر والنماء أن يدفع للبائع الفوائد القانونية للثمن وقت تمام البيع أيضاً إن لم يكن قد دفع له الثمن فوراً عند البيع . فنعرض إذن لمائتين المسألتين : (١) تملك المشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع وتحمل نفقائه من هذا الوقت (٢) دفع المشتري للبائع الفوائد القانونية للثمن .

٣٩٣ - تملك المشتري ثمر المبيع ونماءه ونحوه لنفقائه : قدمنا أن من النتائج التي تترتب على أن البيع ينقل ملكية المبيع للمشتري أن يكون ثمر المبيع ونماؤه للمشتري باعتباره مالكا له (١) . وبينما أن استحقاق المشتري للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك ويكون عليه تكاليفه (٢) .

ويترتب على ذلك أن المشتري لا يملك ثمر المبيع ونماءه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية المبيع . والملكية في الشيء المعين بالذات تنتقل بالعقد ، أى من وقت تمامه ، إذا كان المبيع منقولاً . وتنتقل كذلك بالعقد إذا كان المبيع عقاراً على أن يسجل العقد ، فإذا ما سجل اعتبرت الملكية منتقلة - فيما بينه وبين البائع - بأثر رجعي من وقت تمام العقد (٣) . فيخلص من ذلك أن المشتري

= ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على البيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المعينة . (١١٧) : إن جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ تمام البيع . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع - ما لم يكن هناك نص مخالف . (ونطبق أحكام التقنين البناني مع أحكام التقنين المصري فيها يتعلق بشعرات المبيع ونماءه وشكائله . أما الفوائد فلم يرد نص في شأنها في التقنين البناني ويبدو أن التواءم العامة هي كوابرة التطبيق في هذه المسألة) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ١٢٩ .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٢٨١ .

(٣) أنظر أيضاً فقرة ٢٨٢ .

يتملك الثمرات ونماءه ، في المنقول والعقار على السواء ، ما دام المبيع شيئاً معيناً بالذات ، من وقت تمام العقد كما يقول النص (م ٢/٤٤٨ ملقن) (١) . ويستوى في بيع العقار أن يكون المبيع مسجلاً أو غير مسجل ، ما دام للتسجيل أثر رجعي فيما بين المشتري والبائع كما قدمنا . وتقول المدكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات » (٢) . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، فقد رأينا أن ملكيته لا تنتقل إلا بالإفراز ، ومن وقت الإفراز أيضاً يملك المشتري ثمرات المبيع ونماءه سواء تم التسليم عند الإفراز أو بعده . فإذا تراخى التسليم عن الإفراز ، كانت ثمرات المبيع ونماؤه الحاصلة من وقت الإفراز إلى وقت التسليم ملكاً للمشتري ، لأنه هو المالك للمبيع كما سبق القول (٣) .

وثمرات المبيع تشمل الثمرات الطبيعية كالحصولات ولبن الحيوان ، والثمرات

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري وبذلك تكون له ثمرته من تاريخ إبرام العقد حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف . وإذا فنى كان الثابت في عقد البيع أن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع إنما التزم بدفعه رأساً إلى البائع المرتهن لأطيان البائع الشائعة فيها الأطيان المبيعة خصماً من دين الراهن ، فإن ربيع الأطيان المبيعة يكون من حق المشتري من يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه ، حتى ولو لم يتم بتنفيذ التزامه بدفع الثمن إلى البنك المرتهن (نقض مدق ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١) . وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن للمشتري الراسى عليه المزايا ما للمشتري العادى من الحقوق ، ومن ضمن ذلك استحقاقه ثمرات العين من يوم مرسى المزايا عليه . فإذا لم يتم بدفع الثمن طبقاً لشروط فائقة المزايا ، فللدائنين أو المدين في هذه الحالة إرغامه على الدفع بالطرق الإجبرية واحتساب فائدة على الثمن من يوم مرسى المزايا في حالة ما إذا كانت العين مشرقة أو من يوم تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً إذا لم تكن كذلك (استئناف أسبوط ٢٩ ماي سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١١٤ ص ٢٧١) .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١١٠ .

(٣) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يكون المشتري ثمار المبيع من أى وقت آخر ، من تاريخ سابق على تسجيل العقد أو على البيع نفسه أو على تسليمه ، فيجوز إذن أن يتفقا على أن يكون إبرام الإيجان المبيعة للمشتري من تاريخ العقد الابتدائى ، وقد يستفاد من هذا الاتفاق ثمة من الاتفاق على أن يكون تسليم الأطيان من تاريخ العقد الابتدائى (نقض مدق ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٦ ص ٦٤٦) .

المدنية كالربيع والأجرة (١). ويدخل أيضاً المنتجات (produits)، وهى التى لا تتجدد، كما هو الأمر فى المناجم والحاجر ونحوها (٢).

ونماء المبيع : كمكبر الحيوان وسمنه ونتاجه (٣)، يكون المشتري من وقت تمام البيع كما فى الثمرات .

ومتى ثبت للمشتري الحق فى ثمرات المبيع وعنايه من وقت البيع، فعليه من هذا الوقت أيضاً تكاليفه، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانه ونفقات الاستغلال ومصرفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (٤)، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات، إلا بعد هذه التكاليف والغرم بالغرم (٥).

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست من النظام العام، فيمكن الاتفاق على ما يخالفها، كأن يشترط البائع أن تكون له ثمرات المبيع مدة معينة أو إلى وقت التسليم، أو يشترط المشتري أن تكون تكاليف المبيع أو الضرائب على البائع إلى وقت التسليم (٦).

(١) وقد نصت محكمة النقض بأن وجود عقد إجارة ثابت التاريخ من البيع ليس من شأنه أن يحرق حق المشتري فى الثمرة من تاريخ البيع، فإذا كان المشتري قد احتفظ بالأجرة عليه أن يردّها إلى المشتري من هذا الوقت، أما إذا كان فى أيدى البائع، فعلى البائع أن يردّها إلى المشتري (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمراء رقم ١٦ ص ٢٠٠). ونصت أيضاً بأنه إذا جاء فى عقد بيع حصة من منزل، أن المشتري ينتفع بالإيجارات حصته التى اشتراها، وأن الإيجار الحالى لهذه الحصة هو كذا، وأنه إذا لم يتيسر له التوى منها حصة، بموجب عقود الإيجار يحق له أن يخصم الإيجار الذى يخصه من ثمن المبيع، والى ذلك الوقت بذلك على أن المراد هو جعل المشتري مستحقاً لثمرة الحصة المبيعة مقدرة فى السنة الأولى بما كانت عليه فى التوى من أى مبلغ كذا، وبمقدرة فيما بعد فى السنوات التالية بما تزجر به فى واقع الأمر وإن كان، مما كانت مؤجرة به فى السنة الأولى، ثم دعت إليها على مقتضى هذا التفسير بما يثبت به اعتبارات قضائية، كان الملك بعيداً عن رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٢٤ مجموعة عمراء رقم ٢٢٨ ص ٦٤٦).

(٢) انظر م ٤٦٧ من قانون المبيعات والعقود البنائى آتفا بقرة ٣٩٢ فى الخامس.

(٣) رتد يدخل نتاج الحيوان أيضاً فى المنتجات.

(٤) انظر م ٢٩٦ من قانون المبيعات والعقود البنائى (انظر آتفا بقرة ٣٩٢ فى الخامس).

(٥) الفكرة الإيضاحية لمشرع التوى فى مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٤٠.

(٦) الفكرة الإيضاحية لمشرع التوى فى مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٤٠.

{ ٣٩٤ - متى تستعمل الفوائض القانونية على الثمن - وإذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، سواء كان الثمن حالاً واجب الدفع فوراً أو كان مقسماً أو كان مؤجلاً إلى وقت معين ، فإنه لا يكون مشمولاً عن فوائد هذا الثمن إلا في حالات ثلاث وردت في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدني :

أولاً - إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري على أن المشتري يدفع فوائد عن الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فوائد اتفاقية لا فوائد قانونية ، وللمتعاقدين الاتفاق على سعرها بحيث لا يزيد هذا "السعر على ٧ ٪ وفقاً للقواعد المقررة في الفوائد الاتفاقية ، وتستوى في ذلك المسائل المدنية والمسائل التجارية . ويمكنه بطبيعة الحال أن يتفق المتعاقدان على فوائد بالسعر القانوني ، فيكون سعر الفوائد في هذه الحالة ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٤ ٪ في المسائل التجارية ، ولكنها مع ذلك تبقى فوائد اتفاقية لأنها لا تستحق بموجبها حكم القانون بل بموجب الاتفاق (١) . والاتفاق هو الذي يحدد منه أي وقت تسري الفوائد المتفق عليها ، فقد يتفق على سريانها من وقت البيع ، أو من وقت حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن ، أو من وقت تسلم المشتري للمبيع ولو لم يكن قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (٢) . ويغلب أن يتفق المتعاقدان على الفوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسماً ، فيشترط البائع على المشتري

= ص ١٤١ - وقد بقى العرف بأن يكون نتاج الحيوان مثلاً لمباع حتى وقت التسليم ، أو أن تكون الضرائب عليه إلى هذا الوقت .

(١) وكذلك إذا اتفق المتعاقدان على فوائد دون تحديد سعرها ، فيكون هو السعر القانوني وتبقى الفوائد فوائد اتفاقية (بردي وسيينا فقرة ٥٢١ ص ٤٧ - بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧) . وإذا اتفق المتعاقدان على سعر أقل من السعر القانوني ، سرت الفوائد بالسعر المتفق عليه ، فإذا حل الثمن كان لمباع أن يعلن المشتري بالدفع ومن وقت الإصدار تسري الفوائد بالسعر القانوني لا بالسعر المتفق عليه (أوبري ورو ، فقرة ٣٥٢ عاشر دهم ٢٠ ثانياً - بردي وسيينا فقرة ٤٢٩ - بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧) .

(٢) فإذا لم يحدد الاتفاق وقتاً لسريان الفوائد ، سرت من وقت تمام البيع . ويكون ذلك بوجه خاص إذا سبق البيع وبدء البيع وكان هناك اتفاق على دفع فوائد من الثمن دون أن يبين موعد سريانها ، فلا تسري هذه الفوائد إلا من وقت أن يتقبل الوكيل بالبيع بيعاً تاماً (بردي وريبير فقرة ٥٢٠ - بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ عاشر ١) .

أن يدفع فوائد بسعر يتفق عليه من وقت ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، أى من وقت تمام البيع ، إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل تحفظ من أقساطه (١) . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع من أن يشترط على المشتري دفع فوائد بسعر يتفق عليه متى لو كان الثمن حالاً واجب الدفع بمجرد تمام البيع ، فيكون على المشتري في هذه الحالة أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فإن تأخر في دفعه كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

وقد لا يوجد اتفاق على الفوائد ، ولكن يوجد عرف يقضى بدفعها ، كما إذا كان الثمن يستعمل في حساب جاري بين المشتري والبائع ، وبقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجاري .

ثانياً - فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، تكون فوائد الثمن مستحقة من وقت تسلم المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات

(١) وقد يتفق المتعاقدان على دفع فوائد بسعر معين عن ثمن مؤجل على أن تسرى هذه الفوائد من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل لا إلى وقت الدفع الفعلي . فنقطع في هذه الحالة الفوائد الاتفاقية عند حلول الأجل ، وللبائع بعد ذلك ، إذا أعذر المشتري أن يدفع الثمن أو سلمه المبيع وكان قابلاً أن ينتج إيرادات ، حق في الفوائد القانونية من وقت الإعذار أو من وقت تسليم المبيع (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ من ١٦٧) ويشيرون إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في أول ديسمبر سنة ١٩٤٧ - يريه ١٩٤٨ - ١ - ٢٣) .

والأجل أن الفوائد متى سرت ، في أية حالة من الحالات الثلاث التي تسرى فيها الفوائد فإنها لا تنقطع إلا عند الدفع الفعلي للثمن أو عند استحقاق المبيع ، مما لم يوجد اتفاق مخالف . ويعدل البائع الفعل للثمن العرض والابتداع وفقاً للقواعد المقررة . ولا يقف سريان الفوائد أمر آخر ، فلا تنقطع الفوائد بمجرد تحفظ على الثمن بوقته ذائق البائع تحت يد المشتري ، ولا بحبس المشتري الثمن في الأحوال التي يجوز له فيها ذلك (أوبري ورو ، فقرة ١٥٦ ص ١٠٢ - بودري وصينيا فقرة ٥٢١ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ هامش رقم ٧) .

ويشترط لصحة العرض والابتداع ، حتى يتطلم سريان الفوائد ، أن يكون العرض خالياً من أى شرط لا يحل المشتري بغيره ، فلا يجوز أن يشترط المشتري في العرض إنشاء البائع لعقد البيع النهائي في حين أن المشتري سيق له أن يحصل على حكم بصحة إنشاء البائع وهو حكم يقوم مقام التصديق على الإحصاء ويمكنه من تسجيل العقد (انظر مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٢٥٥ ص ٢٧٩) .

أخرى، (١) وليس ضرورياً أن ينتج المبيع ثمرات أو إيرادات، بل يكفي أن يكون قابلاً لإنتاج ذلك (٢). فإذا كان المبيع منزلاً يصلح للاستغلال أو أرضاً تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشتري، فإن الفوائد القانونية على الثمن تستحق على المشتري من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكن المنزل مؤجراً أو لم تكن الأرض مزروعة أو مؤجرة. وبمقتضى الترتيب في تحديد عبارة ثمرات أو إيرادات أخرى، فإذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع لمشتري وجبت الفوائد القانونية على المشتري من وقت تسليم السيارة ولو أنها غير معدة للأجرة بل هي للاستعمال الخاص، ذلك أن السيارة حتى لو كانت غير معدة للأجرة قابلة أن تنتج ريعاً (٣). أما إذا كان المبيع أرضاً مفضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك، فهي غير قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى، فلو سلمها البائع للمشتري لم تستحق الفوائد من

(١) احتشاف مصر، برنيه سنة ١٩٤٠ المجموعة الرحية ٤٢ رقم ١١٢ - بنى - يوسف الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٨١ - استئناف محظوظ ٣١ يناير سنة ١٩٥٧ م ١٩ ص ١٢٩ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ (ولا تخضع الميراث للتقادم المسمى لأنها تعويض) - أول مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٢ - ٢٣ - ٢٠ - ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٤ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٦٠ (ولا تسقط الفوائد بالتقادم المسمى).

(٢) أما في التقنين المدني السابق - فيجب وفقاً للمادة ٢٣٩/٤١٠ أن يكون المبيع ينتج ثمرات أو أرباحاً أخرى. وللعبارة بتاريخ تمام البيع، فإن كان قبل ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق، وإلا فأحكام التقنين الجديد.

(٣) ونص التقنين المدني المصري (١/٤٥٨) يختلف من نص التقنين المدني الفرنسي (١٦٥٢) فقد ورد في نص التقنين المصري: «وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى» وورد في التقنين الفرنسي: «إذا كان الشيء المبيع الذي تم تسليمه ينتج ثمرات أو ريع آخر» (la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus). ومن هنا يتبع النص المصري لما لا يتبع له النص الفرنسي. فقد استأجر في الإيجار لا ينتج إيرادات في القانون الفرنسي (بلائيول وديبير وعامل ١٠ ص ١٦٨ هامش ٣)، وهو قابل لذلك إذا كان يكون الإيجار من الباطن في القانون المصري. وبذلك يذهب عن الفوائد الفرنسية إلى أنه يجب الفوائد عند وقت البيع لمرور ما إذا كان المبيع ينتج إيرادات أو لو كان الإيجار يقتضي ريع المبيع، وكذلك الأرض لازمة وقت البيع تنتج إيرادات ولو لم ينتج الفوائد في زواجرها (يودري وسيليا غنية ٥٢٤).

ونت التسليم إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك (١) .

ومنى سلم البائع المبيع القابل لإنتاج إيراد للمشتري ولو تسليماً حكماً (٢) وسواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه (٣) ، وجبت فوائد الثمن من غير حاجة إلى وجود اتفاق على ذلك ، ما دام لا يوجد اتفاق على العكس كان يشترط المشتري في عقد البيع على البائع ألا يدفع فوائد عن الثمن حتى بعد تسليم المبيع . وتجب الفوائد على الثمن بمجرد تسليم المبيع القابل لإنتاج الإيرادات ، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً (٤) . والفوائد الواجبة هي الفوائد القانونية وسعرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية ، ونسرى من وقت

(١) وكذلك إذا كان المبيع كتاباً أو صورة زيتية أو مصفاً ، فهذه الأشياء غير قابلة لإنتاج أرباح (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٧) . وهذا الحكم محل للنظر ، فإن الأرض المنقصة والكتاب والصورة والمصفاً يمكن الانتفاع بها باستعمالها وإن لم تكن قابلة لإنتاج إيراد ، وكان الأول من ناحية السياسة التشريعية أن تستحق الفوائد من وقت تسليم المبيع سواء كان قابلاً لإنتاج إيراد أو غير قابل لذلك (أنظر في هذا المعنى لوران ٢٤ فقرة ٢٣٣ - بودرى وصينيا فقرة ٥٢٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤٢ - وفارن بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٤٩٨ ص ٧٧٥) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠١ - الأستاذ عبد المنعم البدراني ص ٥٣٧ .

(٣) ويكنى إغذار البائع المشتري أن يتسلم المبيع (بودرى وصينيا فقرة ٥٢٥) .

(٤) بودرى وصينيا فقرة ٥٢٦ - بلانيول وريبير ١٠ ص ١٦٧ هامش ٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن حق البائع في فوائد الثمن إذا كان المبيع الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح لا يسرى بتقديم على أساس من العدل الذي يأبى أن يجمع المشتري بين يدية ثمرة البديلين ، المبيع والثمن . ولذلك حق أن يكون على المشتري فوائد ثمن المبيع . الأمر الذي تسلمه من يوم تسلمه ، ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالاً ، كان يكون مؤجلاً أصلاً أو لعل طارئة أو يكون محبوزاً عليه أو محبوساً تحت يد المشتري . وإذن فالمشتري لا يستطيع أن يتسلل بأنه غير ملزم بفوائد عن باقي ثمن المبيع حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات التملك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائي متى كان قد وضع يده على الأطنان المبعة (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ١٧٩) ، أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالاً لسبب يرجع إلى البائع نفسه كأن يكون تأجيل الثمن بسبب إسهال البائع ليستجمع أوراقه التي تثبت ملكيته ليستطاع تحرير العقد النهائي (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٣٦) . واستدل في أنه لا يجوز للمشتري أن يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٤٤ ص ٤ .

تسليم المبيع وتبقى صادرة إلى يوم الدفع . ونشأ عن هذا الحكم استثناء نص عليه القانون من القاعدة التي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية . وببرر هذا الاستثناء أن الثمن هو الذى يقابل المبيع ، فنى سلم المشتري المبيع وهو قابل لإنتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن ، ففوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع فتجب على المشتري إلى أن يدفع الثمن (١) .

وقد ذكرنا فيما تقدم أن الثمرات والنماء مستحقة للمشتري من وقت تمام البيع ، فكان الواجب أن تستحق للفوائد على المشتري - وهى التى تقابل الثمرات والنماء كما رأينا - من هذا الوقت أيضاً ، أى من وقت تمام البيع لا من وقت تسليم المبيع . وهذا هو الذى يقع فعلاً (٢) ، إلا أن ثمرات المبيع ونماءه من وقت البيع إلى يوم التسليم تقاس في فوائد الثمن ، فلا يأخذ المشتري شيئاً منها إلا من يوم

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأخذ المشتري بالدفع ، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشتري ، وفى أية حال يستحق فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى لو لم يكن الثمن مستحقاً ، فإنه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى ، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) .

وتسمى هذه الأحكام حتى لو كان البيع بالمزاد ، فله المشتري ترأسي عليه المزايدة ثمرات العين من يوم رسم المزاد ، وعليه الفوائد طبقاً لشروط قائمة المزاد أو بعد الإبراء أو بعد تسليم العين إذا كانت قابلة لإنتاج ثمرات أو أرباح أخرى (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٠ ص ٢١٦ - ص ٢٧٧) . أما في نزاع الملكية للصفة العامة ، فقد نصت المادة ١٦ من قانون نزاع الملكية (رقم ٤٧٧ لسنة ١٩٥٤) على أنه « يكون لمصاحب الشأن في العقار الحق في تمريض العقار مقابل عدم الانزعاج به من تاريخ الاستيلاء بالفعل حين دفع التمريض المستحق من نزاع الملكية . . . » (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٦٧) .

(٢) فإذا كان المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ، فقد اتفقا ضمناً على أنه عند هذا اليوم يبدأ سريان الفوائد ، أما قبل ذلك فتكون هناك مقاصة ما بين الفوائد والثمرات ، وإذا لم يتفق المتبايعان على ميعاد لتسليم ، فالتسليم واجب فوراً ، وما على البائع إلا أن يعذر المشتري أن يتسلم البيع متى توجب الفوائد عن يوم البيع كما يتصلك المشتري بثمرات وأرباح من هذا اليوم أيضاً (بلانيول وديبير وهابل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٨ - ص ١٦٩ - وأنظر بودوى وميرنيا فقرة ٤٣٤ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٠١ عايش ١ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٤ - ص ١٢٤) .

التسليم ، وفي نظير ذلك لا يكون مسئولاً عن الفوائد إلا من هذا اليوم كما يقضى بالنص (١) .

ثالثاً - فإذا لم يسلم المشتري المبيع أو تسلمه ولم يكن قابلاً أن ينتج إيراداً ، ولم يكن هناك اتفاق على أن يدفع المشتري فوائد عن الثمن ، فإن الفوائد لا تستحق على الثمن إلا في حالة واحدة هي أن يكون الثمن مستحق الوفاء (٢) ، وأعذر البائع المشتري أن يدفعه (٣) . فمن وقت الإعذار يجب ، الفوائد القانونية - ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية - على الثمن ، وتبقى هذه الفوائد سارية إلى يوم الدفع . وهذا استثناء آخر من القاعدة التي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية ، فقد مرت هنا من وقت الإعذار بموجب نص خاص في القانون (٤) .

(١) ويقع هذا أيضاً عند فسخ البيع واسترداد الثمن واسترداد البائع للمبيع ، فتقاس الثمرات في الفوائد إلى يوم الاسترداد (استئناف مخطط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٠٤) . أنظر مع ذلك الأستاذ سليمان مرقس في موجز البيع والإيجار ص ٢٧٤ من ٣٧٤ .

(٢) سواء كان مستحق الوفاء منذ البداية أو كان مؤجلاً فحل أجله . وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فإن المادة ١٦٥٢ منه توجب على المشتري دفع الفوائد من يوم الإعذار دون أن يتميز ما إذا كان الثمن لا يزال مؤجلاً أو أنه قد حل (أوبري وردو ٥ فترة ٣٥٦ هامش رقم ٢١ - بودرى وسينيا فترة ٥٢٠) . ولكن نص المادة ١/٤٥٨ من التقنين المدني المصري يذكر الفوائد القانونية للثمن ، والفوائد القانونية لا يجب إلا عند التأخر عن الوفاء بالثمن بعد حلول أجله ، فيجب إذن أن يكون إعذار المشتري بعد حلول أجل الدفع (الوسيط ٢ فترة ٥١٠ ص ٢٠٢ وهامش رقم ١ . وانظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فترة ٣٦٧ - الأستاذ منصور منصور فترة ٩٩ ص ٢٢٢ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٩٦ ص ٣٥٨) . فالبايع الذي يرضى بتأجيل الثمن دون أن يشترط فوائد يكون قد أدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فترة ٣٦٨ ص ٥٤٢) . أما التقنين المدني السابق (م ٢٣٠/٤١٠) فالكاكتين المدني الفرنسي لم يخص الفوائد بأنها الفوائد القانونية ، لذلك أمكن تفسيره على أساس أن فوائد الثمن مستحقة بالإعذار دون تمييز بين ما إذا كان الثمن حالاً أو مؤجلاً (الأستاذان أحمد نجيب الملالي وحامد زكي فترة ٤٣٧ ص ٤٣٩) .

(٣) والمطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تنفص إعذاراً بدفع الثمن ، فإذا قضى بالثمن من المحرر استحققت الفوائد من وقت هذه المطالبة (استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) .

(٤) وغنى عن البيان أن يمكن الاتفاق على عكس ذلك ، فيشترط المشتري على البائع ألا يدفع فوائد حتى بعد الإعذار .

وبمخلص مما قدمناه أن الفوائد لا تستحق على الثمن في الحالتين الآتيتين :
(١) إذا كان هناك اتفاق على عدم دفع ثرائد عن الثمن ، فلا يدفع المشتري فوائد في هذه الحالة حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وحتى لو سلم المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، وحتى لو أعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن بعد أن أصبح حراً . ولا تسرى الفوائد في هذه الحالة إلا من وقت المطالبة القضائية بها وفقاً لتدراعد العامة . (٢) إذا لم يكن هناك أى اتفاق في شأن الفوائد ، ولم يسلم البائع المبيع للمشتري أو سلمه إيراد ولم يكن قابلاً لإنتاج إيراد (١) وإنما تستحق الفوائد في هذه الحالة إذا سلم البائع المشتري المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، أو حل الثمن فأعذر البائع المشتري أن يدفعه .

§ ٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن

١ - الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٥ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٥٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا تعرض أحد المشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آبن من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يجلس الثمن ، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن ، على أن يقدم كفيلاً .

٣ - وبسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري غيباً في المبيع (٢) .

(١) صدر مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مدوعة عشر : رقم ١٢٦ من ٢٥٠ .

(٢) تاريخ النشر : ورد هذا الحكم في المادة ٦٠٦ من المشروع التمهيدى من وجه بعض سم ما اشتر عليه في التقنين المدني الجديد : هذا بعض اختلاف لفظي ، وفي لغة المراسلة =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٢٩ فقرة أولى / ٤٠٧ و ٣٣١ / ٤١١ - ٤١٢ (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٧٤ - ٥٧٦ وفي تقنين الموجبات والعمود اللباني المواد ٣٨٧ و ٤٦٦ - ٤٦٧ و ٤٧٠ - ٤٧١ (٢) .

= أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً ، وأصبح رقمه ٤٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٥ و ص ١٣٧) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٩ فقرة أول / ٤٠٧ : في حالة عدم وجود شرط صريح يكون الثمن واجب الدفع حالاً في مكان تسليم المبيع .

م ٣٣١ / ٤١١ - ٤١٢ : وإذا حصل تعرض المشتري في وضع يده على المبيع يدعى حق سابق على البيع أو ناشئ من البائع ، أو ظهر سبب يخشى منه نزاع الملكية من المشتري ، فله أن يجبس الثمن عنده إل أن يزول التعرض أو السبب ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب الثمن مع أداء كفيل للمشتري .

(وتنفع أحكام التقنين السابق في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٥ (مطابقة للمادة ٤٥٧ :

مصرى - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٢ - ٢٢٤ و فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٢٩) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٦ (مطابقة للمادة ٤٥٧ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٤ : ١ - يصح البيع بشئ حال أو مؤجل إلى أجل معلوم . ويجوز اشتراط قبض الثمن إلى أناسط معلومة تدفع في مواعيد معينة ، كما يجوز الاشتراط بأنه إن لم يوف القسط في ميعاده يتمم كل الثمن . ٢ - ويعتبر ابتداء مدة الأجل والقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٥٧٥ : ١ - البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجل . ٢ - ويجب على المشتري أن يتقد الثمن أولاً في بيع سلعة بتقد إن أحضر البائع السلعة . أما إذا بيعت سلعة بمثلها أو تفرد بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معاً .

م ٥٧٦ : ١ - إذا تعرض أحد للمشتري مستقداً إلى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط العقد ، أن يجبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذا ، =

وَيُخْلَصُ مِنْ هَذَا النَّصِّ أَنَّ التَّمَنِّيَّ يَكُونُ وَاجِبَ الدَّفْعِ وَقَدْ تَسْلِمُ الْمِيعَةُ ، وَهَذَا حُكْمٌ لَيْسَ مِنَ النِّظَامِ الْعَامِّ فَيَجُوزُ أَنْ يَخَالَفَهُ اتِّفَاقٌ أَوْ عَرَفٌ ، وَعِنْدَمَا يَصْبِحُ التَّمَنِّيُّ مُسْتَحَقَّ الدَّفْعِ يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي حَبْسَهُ عَنِ الْبَائِعِ فِي بَعْضِ أَحْوَالٍ مَعِيَّةٍ وَبِشُرُوطٍ مَعِيَّةَةٍ . فَتَبَحُّثُ إِذَنْ : (١) مَتَى يَكُونُ التَّمَنِّيُّ مُسْتَحَقَّ الدَّفْعِ (٢) حَبْسُ الْمُشْتَرِي لِلتَّمَنِ .

٣٩٦ - مَتَى يَكُونُ التَّمَنِّيُّ مُسْتَحَقَّ الدَّفْعِ : تَقْضِي الْقَوَاعِدُ الْعَامَّةُ بِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَتِمَّ الْوَفَاءُ فَوْرًا بِمَجْرَدِ تَرْتِبِ الْإِلْتِزَامِ نَهَائِيًّا فِي ذِمَّةِ الْمَدِينِ ، مَا لَمْ يَوْجَدْ

= الحالة أن يطالب باستيفاء التمنّي على أن يقدم كفيلا . ٢ - ويرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا اكتشف المشتري هيبا في المبيع وطلب الفسخ أو نقصان التمنّي . (وأحكام التفتين العراقي في مجموعها لا تختلف من أحكام التفتين المصري ، إلا أن التفتين العراقي يضع مبدأ عاما في البيع المطلق أن يكون التمنّي مستحقا بمجرد تمام البيع ، أما التفتين المصري فيجمل التمنّي مستحقا وقت تسليم المبيع . ولكن النتيجة العملية واحدة ، فوقت تسليم المبيع في البيع المطلق هو وقت تمام البيع . ويوجب التفتين العراقي حل المشتري نقد التمنّي أولا ، ثم يسلم البائع المبيع له بعد ذلك - وانظر في القانون المدقق العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٦ وفقرة ٢٩١ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٢ - فقرة ٥٥٦) .

تفتين المرجعيات والمقود البناء م ٣٨٧ : إذا لم يذكر في عقد البيع مواعيد دفع التمنّي ولا شروط هذا الدفع ، عد البيع نقداً بلا شرط . م ٤٦٦ ، يجب على المشتري أن يدفع التمنّي في التاريخ وعلى الوجه المعين في العقد . وبعد البيع نقداً ، كما جاء في المادة ٣٨٧ ، ويلزم المشتري بدفع التمنّي عند الاستلام ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وتكون مصاريف الدفع على المشتري . م ٤٦٧ ، إذا منحت مهلة لدفع التمنّي ، فلا تبتدىء إلا من تاريخ إنشاء العقد إذا لم يبين الفريقان تاريخاً آخر .

م ٤٧٠ : إن المشتري الذي تعرض له الدين أو كان مستهدفاً لخطر قريب هام من أنواع هذا التعرض بسبب سند سابق للبيع ، يحق له حبس التمنّي ما دام البائع لم يزل عنه التعرض . على أنه يحق للبائع أن يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة أو ضماناً كافياً لرد التمنّي ومصاريف العقد القانونية إذا نزعته يده عن المبيع . وإذا كان هذا التعرض مقصوداً على قدم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يجلس من التمنّي إلا ما يناسب ذلك القسم ، وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية . ولا يحق للمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا كان الدفع مشروطاً على الرغم من كل تعرض ، وإذا كان المشتري عالماً وقت البيع بخبر نزع الملكية منه .

م ٤٧١ : تطبق أحكام المادة السابقة في حالة اكتشاف المشتري لعب في البيع يوجد رده . (وأحكام التفتين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التفتين المصري) .

اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، (م ١/٣٤٦ مدني) وكان مقتضى تطبيق هذه القواعد في حالة الالتزام بالثمن أن يكون الثمن مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

و قد وجد هذا النص فعلاً ، وهو النص الذي نحن بصدده أي المادة ٤٥٧ مدني مألوفة الذكر ، ويقضى بأن يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، وذلك حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) .

فاذا لم يحدد لتسليم المبيع وقت معين ، فقد قدمنا أن المبيع يكون واجب التسليم فوراً بمجرد تمام البيع (٢) ، ومع ثم يكون الثمن أيضاً مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع (٣) ، ونكون بذلك قد رجعنا إلى تطبيق القواعد العامة التي سبق بيانها . على أنه قد لا يحدد لتسليم المبيع وقت فيكون المبيع واجب التسليم بمجرد تمام البيع كما قدمنا ، ولكن يحدد لدفع الثمن وقت فينتفي المتعاقدان على أن يدفع في نهاية أجل معين أو أن يدفع أقساطاً كل قسط في ميعاد معين ، فيجب في هذه الحالة دفع الثمن أو أقساطه في الميعاد أو المواعيد المتفق عليها (٤) مع تسليم المبيع فوراً بمجرد تمام البيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت دفع الثمن بوقت تسليم المبيع . وقد يقضى العرف بأن يكون دفع الثمن في وقت معين ، كأن يكون دفعه بعد تسليم المبيع أو قبل التسليم ، وليس معه ، وعند ذلك يتبع العرف سواء حدد لتسليم المبيع وقت معين أو كان التسليم واجباً فوراً بمجرد تمام البيع .

وإذا حدد لتسليم المبيع وقت معين ، فعند ذلك يكون الثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً ، ونكون بذلك قد خرجنا على القواعد العامة التي رأيناها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٣٠٩ .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : ويتبين من كل ما تقدم أنه إذا لم يوجد اتفاق خاص أو عرف ، يكون المبيع مستحق التسليم وقت تمام البيع ، والثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً : ومن هذا الوقت كذلك يكون للبائع فوائد الثمن وللمشتري مخمرات المبيع ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧) .

(٤) استئناف غنط ١٢ مايو سنة ١٩١١ م ٣٣ ص ٣٢٧ .

تقضى بأن الالتزام يكون واجب الوفاء بمجرد ترتيبه في ذمة المدين أي بمجرد تمام البيع ، والخروج على القواعد العامة كان بموجب نص القانون (١) كما سبق القول . على أنه قد يحدد لتسليم المبيع وقت ويحدد وقت آخر لدفع الثمن ، فلا يكون الثمن في هذه الحالة مستحق الدفع إلا في الوقت الذي حدد لدفعه ، فيدفع جملة واحدة عند انقضاء الأجل المعين أو يدفع على أقساط كل قسط في الميعاد الذي حدد له . وقد يتفق على تحديد وقت لتسليم المبيع وعلى أن يكون دفع الثمن فوراً ، فعند ذلك يجب دفع الثمن بمجرد تمام البيع ، أما المبيع فيسلم في الوقت الذي حدد لتسليمه (٢) .

(١) وهذا بخلاف ما إذا حدد المتعاقدان وقتاً لدفع الثمن ولم يحددا وقتاً لتسليم المبيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، بل يجب تسليم المبيع فوراً ودفع الثمن في الوقت المحدد (بودرى وسينيا فترة ١٩٤ ص ٥٣) . أما إذا كان الأجل المطلق لدفع الثمن هو نظرة الميسرة أو كان أجلاً تفضل به النافع ، عاد اقتراح وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، ولا يسلم البائع المبيع إلا في الوقت الذي يقضى فيه الثمن (أيرى ورو ٥ فترة ٣٥٦ ص ١٠٠ بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

وإذا كان المبيع متعدياً وذكر في العقد أن يسلم بعضه في وقت وبعضه في وقت آخر ، فإن الثمن يدفع عند تسليم كل جزء من المبيع بنسبة هذا الجزء . أما إذا لم يذكر في العقد وقتان مختلفان لتسليم المبيع ، فإن المشتري لا يدفع شيئاً من الثمن إلا إذا تسلم كل المبيع فعند ذلك يدفع الثمن كاملاً (بودرى وسينيا فترة ٥٠٠) .

ويلاحظ أن قاعدة دفع الثمن وقت تسليم المبيع مفروضة فيها أن الثمن يدفع للبائع أو نائبه ، أما إذا اشترط البائع على المشتري دفع الثمن لشخص آخر كدائنه ، فإن وقت دفع الثمن يتفصل في هذه الحالة عن وقت تسليم المبيع ، ثم يتفق على ميعاد لدفع الثمن إلى الأجنبي ، فإن دفع الثمن له يجب أن يكون فوراً بمجرد تمام البيع حتى لو اشترط لتسليم المبيع ميعاد متأخر (بودرى وسينيا فترة ٥٠١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ١٤٦ ص ١٦٦) .

وإذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم ، وعرض النافع على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ، وتحلف المشتري عن دفع الثمن ، فالحكم الذي يسلم بأن البيع يصبح لاغياً ومفوضاً من تلقاء نفسه طبقاً لشروط البيع المتفق عليها لا يجوز النفي عليه بأنه رتب على تقصير المشتري في الوفاء بالالتزام إعفاء البائع من الوفاء بالالتزام المقابل ، ولا يكون منتجاً للنفي على هذا الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد (نقص مدك ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٦ ص ٢٠٤) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع ، كأن يتفقا على أن يدفع الثمن حالاً بمجرد تمام البيع =

٣٩٧ - مبس المشتري للثمن : ومتى أصبح الثمن مستحق الدفع على النحو الذى يبينه ، كان من حق البائع أن يتقاضاه من المشتري ولو جبراً .
 هـ . إلا أن المشتري ، وفقاً للفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ مدنى صالفة الذكر ، يحق له أن يحبس الثمن ولو كان مستحق الدفع إذا وقع له تعرض للمبيع أو وجدت عنده أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض أو وجد بالمبيع عيباً يوجب الضمان .

فوقوع تعرض بالفعل للمشتري فى المبيع يوجب ضمان التعرض والاستحقاق كما سبق القول ، ويجزى فى الوقت ذاته ، إذا كان المشتري لم يدفع الثمن ، أن يحبسه حتى لو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ذلك أنه إذا تحقق الضمان كان على البائع أن يدفع قيمة المبيع ، ومن ثم جاز للمشتري أن يحبس الثمن ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع . ولا يشترط أن يقع التعرض بالفعل للمشتري ، كما يشترط ذلك فى تحقق ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يكفي أن يكون عند المشتري أسباب جدية يخشى معها من وقوع هذا التعرض (١) . فلو كشف

= ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلاً على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم فى الحال . وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتعين اتباعها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦) .

وقد ترتبط مواعيد دفع الثمن بميعاد التسليم فيحل القسط الأول من الثمن عند تسليم المبيع وتحل الأقساط الباقية فى مواعيد معينة بعد التسليم ، فيكون مبدأ سريان مواعيد الأقساط الباقية هو الوقت الذى يتم فيه التسليم فعلاً ولو تأخر عن الوقت المتفق عليه . وقد قضت محكمة النقض بأن المفهوم من نصوص لائحة بيع أراضي بلدية الإسكندرية أن الميعاد الذى أعطى للمشتري لدفع ثلث الثمن هو بيعته الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع ، فهما متساويان تمام التماسك . فإذا كانت أرض البلدية التى رسا بزيادة على المشتري ودفع ثلث الثمن فى خمسة الأيام التالية لرسو المزايد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ، ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشتري مجاورة للأرض المبيعة أولاً ، وتم تسليم كل ما بيع من الأرض فى تاريخ معين ، فإن ميعاد استحقاق القسط الأول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزايد (نقض الذى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٣ ص ٢٧٣) .

(١) ويجب أن تكون الأسباب جدية ، فالترحم لا يكون (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١) . ولا يكون طلب الشفعة سبباً كافياً لمبس المشتري الثمن ، فإذا =

أن الملكية البائع كانت ملكية معلقة على شرط ناسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق ، أو أن البائع اشترى المبيع ولم يدفع الثمن فأصبح البائع الصادر له مهدداً بالفسخ (١) . أو أن المبيع مثقل بحق رهن (٢) أو حق اختصاص (٣) أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحب هذا الحق فعلاً للمشتري في انتقائه بالمبيع ، بل لو وسم أن هناك قيوداً (inscriptions) على المبيع لم تشطب حتى لو أكد له البائع أن هذه القيود قد زالت أسبابها (٤) إذ من متقه أن يطلب من البائع شطب هذه

== لم يدفع من يطلب الأخذ بالشفعة الثمن إلى البائع ، وجب على المشتري نفسه دفعه إليه (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٧) . ولا يكن كذلك مجرد إعلان الراى عليه المزاىء بسبب الاستحقاق (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٧) . وإذا مضى وقت كاف لتملك المشتري المبيع بالتقادم ولم بعد يخشى التعرض ، فليس له أن يحبس الثمن (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧) . ولا يكن ظهور عجز في المقدار لحبس كل الثمن ، ويكفى في هذه الحالة حبس ما يقابل العجز من الثمن (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥) . وليس للمشتري أن يحبس الدفعة المستحقة من الثمن إذا كان لا يزال باقياً من الثمن دفعات لم تحل وتكون لتغطية ما هو مهدد به من استحقاق جزئى (استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦) . وإذا لم يحبس المشتري دفعة من الثمن ، فهذا لا يمنعه من حبس الدفع الأخرى التى تستحق بعد ذلك (استئناف مختلط - مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) . وللمشتري حبس الثمن إذا كان البائع قد ملك المبيع برسر المزاىء ولم يدفع الثمن ، فأصبح مهدداً بإعادة المزاىء عليه (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٣) . وللمشتري أن يحبس الثمن بمجرد وجود رهن أو حق اختصاص أو أى حق آخر على المبيع يتهدد (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٦٢ ص ٨١١ - ١١ فبراير سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٣٩ ص ١٤) . وله أن يحبس الثمن حتى يتيوم البائع بشطب التسجيلات التى تعهد بشطبها (استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٧ ص ٩٨) .

(١) وبخاصة إذا كان البائع الأول قد رفع دعوى فسخ وسجل صحيفة قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه .

(٢) استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٦ - ما لم يكن واضحاً وضوحاً كافياً أن هذه القيود لا قيمة لها

إطلاقاً (بلانيول وريبير وعامل ١٠ ص ١٧٢ هاش ٤) ، وهذا إذا لم يكن المشتري قد اشترط =

في كل هذه الأحوال تقوم عند المشتري أسباب جديدة يخشى معها زرع المبيع من يده ، وإذا كان لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق لعدم وقوع تعرض بالفعل ، فإنه يستطيع مع ذلك أن يجبس عنه

= في عقد نبيع شطب القيود قبل دس السن . وإذا كان المشتري على غير بينة من أمر دين ثابت مسجل على الدين المبيعة ، ولا أن صاحب هذا الدين قد شرع من أجله في إجراءات زرع الملكية التي أدرست على التأم ، وذلك لأن إشارة البائع في العقد إلى حق الامتياز الثابت لهذا الدائن لم تكن لتنفيذ أنه مجرد من مرسوم ، فالمشتري يحق في حبس باقي السن ، ولا يؤبه لما نص عليه العقد من أن وجود الحق الذي يدعيه الدائن لا يمنع من دفع باقي السن إذ يعتبر هذا شرطاً قائماً على الفسخ تنقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦١٥ .

(١) ولكن مجرد احتمال وجود تسجيلات على الدين المبيعة لا يمكن لتحويل المشتري حق حبس السن . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على الدين المبيعة لا يحول المشتري حق حبس السن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات ، وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع . فان القانون ، إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدي الظاهر الذي يهددها ، قد ألزمه ببيع السن . ومتى كان المشتري هو الذي امتنع به إنذاره رسمياً عن دفع الباقي من السن مقابل شطب التسجيل ، الذي كان يهدد ملكيته ، ثم لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانوناً وبحكم العقد ، فلا يصح اعتبار البائع مفسراً في الوفاء بالتزاماته قبله (نقض مدني ٢٨ ماي سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشتري المشفوع منه لأن حقه في استرداد ما دونه من السن إلى البائع مضمون قبل الشفع ما لا يجوز له حبس السن ، فإن هذا القول لا يصدق على المشتري الثاني للمقار الذي لم يتخضع في دعوى الشفعة ، إنما يكون في هذه الحالة مقطوع السلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع له ، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون المقار المشفوع فيه قد زعت ملكيته . وعلى ذلك يجوز لهذا المشتري الثاني حبس السن ، حتى يفصل في دعوى الشفعة (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣) .

كذلك للمشتري حبس السن إذا لم يقم البائع بتطهير العين في الميعاد المستخلص من شروط التمسد ، وليس للبائع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لحبس المشتري للسن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا احتج البائع لعدم قيامه بتطهير الدين من الدين الذي عليها بأن تعهده بذلك لم يمين له في العقد وقت يجب إتمامه فيه ، فأجابات المحكمة على ذلك بأنها رأيت من الأوراق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى أن كلا الطرفين التزم بما تعهد به مدة التزام الآخر بتعده ، وأن التطهير كان يجب أن يتم من جانب البائع في ميعاد غايته اليوم الذي حدد لاستحقاق القسط الأخير من باقي فسخ المبيع ، وكان ما أوردته المحكمة في هذا الصدد من شأنه أن يؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا محتب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٤٥) .

الثمن . كذلك لو كشف المشتري عيباً في المبيع وكان من العيوب التي توجب الضمان على النحو الذي قدمناه في ضمان العيوب الخفية ، فإن للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس الثمن . على أنه يشترط لجواز حبس الثمن في جميع الأحوال المتقدمة ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري يقضى بأنه لا يحق للمشتري حبس الثمن لسبب من هذه الأسباب . ذلك أن حق حبس الثمن ليس من النظام العام ، بل هو قد تقرر لمصلحة المشتري ، فالمشتري أن ينزل عنه قبل قيام صفيه أو بعد قيام هذا السبب (١) . ويعدل الاتفاق على عدم جواز حبس الثمن أن يكون هناك سبب يقضى بعدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع أو للعيوب الخفية فيه ، فإنه لا يكون هناك محل لحبس الثمن عنه إذ أن الثمن مستحق له حتى لو ثبت الاستحقاق أو ظهر العيب (٢)

فاذا توافرت الشروط التي قدمناها ، كان للمشتري أن يحبس الثمن عن البائع ولو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ولكن يجب ألا يكون المشتري قد دفع

(١) ولما كان المشتري ينزل بهذا الاتفاق من حق له فإنه يجب أن يكون النزول واضحاً لا لبس فيه شأن النزول من أي حق . فلا يكفي وعد المشتري بمذكفه قيام سبب لحبس أن يدفع الثمن في ميعاد معين ، فقد يحمل هذا الوعد على أن المشتري أراد أن يفسح الوقت أمام البائع لإزالة سبب الحبس . كذلك لا يكفي أن يكون المشتري قد تعهد بدفع الثمن لأجنبي لسقوط حق الحبس ، فإن المشتري يستطيع أن يمنح بمقتضى الحبس تجاه الأجنبي كما يمنح به تجاه البائع . وسنرى أنه لا يكفي أن يقبل المشتري حوالة البائع للثمن ، فالقبول وحده لا يستخلص منه نزول المشتري من حقه في الحبس ، فإذا اقتصرت بطرؤف تنفيذ هذا القبول سقط حق المشتري في الحبس (بودرى وسينيا فقرة ٥١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

كذلك لا يكفي علم المشتري وقت البيع بخفي نزع الملكية عنه حتى يحرم من حق الثمن ، وإن كان التفتين البنائي (م ١٧٠) ينص على أن ذلك يكفي . ذلك أن علم المشتري بسبب الاستحقاق في القانون المصري لا يكفي لسقوط ضمان الاستحقاق عن البائع ، فلا يكفي هنا أيضاً لسقوط حق حبس الثمن من المشتري . وقد قضت محكمة النقض بأن جهل المشتري بسبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً في قيام حقه في الحبس ، أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنسأله عن الحبس ، وذلك على حسب ما ينشأ به واقع الدعوى (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٧ ص ٤٩٨ . وانظر أيضاً بودرى وسينيا فقرة ٥١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ويجب أن يكون الضمان قد سقط كلية من البائع ، أما إذا كان لا يزال ملزماً بدفع قيمة المبيع فإن المشتري الحق في حبس الثمن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

التمن إلى البائع ، فإذا كان قد دفعه لم يحق له استرداده منه لحبسه (١) ، ويكون حبس الحبس قد سقط بالبائع حتى لو أن المشتري وقت أن دفع الثمن لم يكن عالماً بتيام سبب الحبس (٢) . فإذا كان لم يدفع الثمن كان له أن يحبسه كما سبق القول ، ولا يستطيع البائع أن يطلب منه دفعه ، بل لا يستطيع أن يطلب منه إيداعه خزانة المحكمة (٣) . فالمشتري حر إن شاء حبس الثمن في يده وبقي ديناً في ذمته ، وإن شاء أودعه خزانة المحكمة وبرت ذمته منه (٤) . غير أن له مصلحة في إيداعه خزانة المحكمة بدلاً من حبسه في يده ، ليس فحسب حتى تبرأ ذمته من الثمن ، بل أيضاً لقطع سريان الفوائد إن كانت مستحقة على الثمن ، فإن الفوائد لا تنقطع إذا بقي الثمن في ذمته ولو كان حابساً له (٥) كما قدمنا ، وتنقطع (٦) لذا هو أودعه خزانة المحكمة (٧) . وإذا قام سبب الحبس في بعض المبيع لاي

(١) وإذا سلم المشتري الثمن للساح الذي يتول كتابة العقد أو للوسيط ، فإن من سله له متبراً بإياه وكيلاً عن البائع لم يستطيع استرداده ، أما إن كان سله له معتبراً بإياه وكيلاً عنه لتسليمه إلى البائع بعد الكشف من المقار جاز له أن يسترده (الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زك فقرة ٤٣٥ هاش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ ص ٣٢٧ - ص ٢٣٨) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٥٠٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٠ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٥٠٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - أوبري ورو .

فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ .

(٤) ويستطيع بعد إيداعه خزانه المحكمة ، وقبل قبول الإيداع أو الحكم بصحته ، أن يسترده ويحبسه في يده (بودري وسينيا فقرة ٥١١) .

(٥) نفق مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ٢٧٩ - استئناف نصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ - استئناف غنطل ٧ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٦ . بل لا يستطيع المشتري حبس الفوائد مع الثمن ما لم يكن قد حرم من الانتفاع بالمبيع فعند ذلك يحق له حبس الفوائد أيضاً (بودري وسينيا فقرة ٥١٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - قارن لوران ٢٤ فقرة ٣٢٧ - وانظر استئناف غنطل ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٥٧ ص ١٦٨) .

(٦) ولكنها لا تنقطع إذا كان الإيداع غير صحيح (نفق مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفق ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤) ، أركان قد أودع الثمن وحجز عليه دائر البائع وبقي مودعاً بسبب معارضة منه في التوزيع الوقتي أو النهائي ويتبين أن المعارضة لا أساس لها (استئناف غنطل ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٨) .

(٧) أوبري ورو ، فقرة ٢٥٦ ص ١٠١ - بودري وسينيا فقرة ٥١٩ . وانظر آنفاً فقرة ٢٩٢ والمادة .

كله ، بأن وقع تعرض في جزء من المبيع أو خشي المشتري وقوع هذا التعرض أو ظهر على المبيع حق رهن لا يستغرقه أو حق ارتفاق أو نحو ذلك ، فليس للمشتري أن يجبس كل الثمن ، بل يجبس جزءاً منه يتناسب مع الخطر الذي يتهده ، فيجبس ، مثلاً ما يسارى الدين المضمون بالرهن أو يعادل قيمة حق الارتفاق أو قيمة الجزء المهدد بالاستحقاق (١) . وحق المشتري في حبس الثمن على النحو الذي قدمناه يحتاج به المشتري ، ليس فحسب تجاه البائع ، بل أيضاً تجاه الغير كما إذا حول البائع الثمن فان للمشتري أن يمنح بحق الحبس تجاه المالك له حتى لو كان المشتري قد قبل الحوالة ما لم يستخلص من هذا القبول نزوله عن الحق في الحبس (٢) .

وحق المشتري في حبس الثمن ، وإن ورد فيه نص خاص (م ٤٥٧/٢ و مدني) ليس إلا تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ *exceptio non adimpleti contractus* ولحق في الحبس بوجه عام *droit de rétention* . فالزام المشتري بدفع الثمن للبائع يقابله الزام البائع بنقل ملكية هادئة ناعمة للمشتري ، فإذا وجدت أسباب جديدة يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه ، كأن يخشى المشتري تعرض الغير فلا تخلص له الملكية الهادئة أو يكشف عيباً في المبيع فلا تخلص له الملكية الناعمة ، كان له أن يقف بتنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه (٣) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٩ ص ١٧٢ - وإذا اختلف المشتري مع البائع على القدر الذي يجبه من الثمن قدرت المحكمة هذا القدر وتساوى في ذلك عند الحاجة برأى الخبراء . (بودري وسينيا فقرة ٥١٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣٨ - وقارن الأستاذ جيل الشراوى ص ٢٩٧) .

وفي تقنين الموجبات والمقود البناني نص (م ٤٧٠) يقضى بأنه « إذا كان التعرض مقصوراً على قسم من المبيع » فلا يحق للمشتري أن يجبس من الثمن إلا ما يتناسب ذلك المقدم . (انظر آنفاً فقرة ٣٩٥ في الهامش) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٥٠٧ .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التهدي في هذا المعنى : « وحق الحبس هذا ليس إلا تطبيقاً للحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ المقدم وهما مقرران في القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٦) .

ويبقى حق المشتري في حبس الثمن قائماً ، ولا يسقط إلا بأحد أمرين
(١) إذا زال سببه ، فانقطع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه ، أو زال الخطر
بأن دفع البائع مثلاً من له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد
المأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذي كشفه للمشتري في المبيع
أو عوضه عنه التعويض الكافي أو حسم النزاع في شأنه . (٢) إذا قدم البائع
للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض
والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض (١) .

== على أن هناك ترسباً في مبدأ الدفع لعدم التنفيذ إذا كان حق المشتري في حبس الثمن يرجع ،
لا إلى تعرض فعل أو عيب كشفه المشتري ، بل إلى مجرد خشية المشتري من أن ينزع المبيع
من يده ، فهذا لا يمكن القول بأن البائع لم ينفذ التزامه ، بل كل ما هناك أنه يخشى من عدم
إمكان البائع من تنفيذ التزامه ، وهذه حالة لا تجوز الدفع بعدم التنفيذ في تطبيقاته العامة ، وتجيزه
هنا في هذا التطبيق الخاص (بلانير وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٨ - الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقي فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبد المنعم البدراري ص ٥٤٩) . ومن ناحية أخرى
فإن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ أوسع من الحالات المذكورة في المادة ٣٥٧/٢ مدني ، فيصح
لمشتري أن يحبس الثمن إذا تعرض له البائع شخصياً أو إذا لم يتم بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية
أو إذا لم يسلم المبيع أو إذا لم يتم بأى التزام آخر نشأ في ذمت من عقد البيع (الأستاذ محمد كامل
مرسى فقرة ١٩٩ ص ٣٧٠ - ص ٣٧١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٩ -
ص ٢٩٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ -
استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٣ - أول أبريل سنة ١٣١٤ م ٢٦
ص ٣٠٣ - ٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٥٦ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٢ .
وتقدم الكفالة في حدود الثمن الجائز حبه ، فإذا زاد التعويض عن ذلك لم تكن الكفالة
واجبة إلا بمقدار الثمن فهو وحده الذى يحق للمشتري أن يحصل على ضمان لاسترداده من البائع
إذا كان للاسترداد محل . وتقدم الكفالة من حق البائع ، فإذا لم يشأ تقديمها لم يستطيع المشتري
إجباره على ذلك ، وليس له إلا حبس الثمن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٥) . وإذا كان هناك
اتفاق على أن المشتري لا يدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع القيد المتخذ على المبيع ، كان
المشتري ألا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب القيد (بودرى وسينيا
فقرة ٥١٦) كذلك يحق للمشتري حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة إذا أراد تطهير المبيع
من الرهن ووجب لذلك أن يستبق الثمن في يده لعرضه على الدائن المرتين (بودرى وسينيا
فقرة ٥١٧ - بلانير وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٥٣) .

وإذا كان البيع ملحوظاً عليه وفاة الذيرد التى على الدين المبيعة من الثمن ، أغنى عن تقديم
لكفالة أن يطلب البائع من المشتري إيداع الثمن كضمانة المحكمة على ذمة الدائنين لموافاة ذيردهم =

(ب) المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٦ من التشريع المدنى على ما يأتى :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به المكان الذى يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن ، (١) .

== وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشترين تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثانى منه ، وكان هذا البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ، ثم أنذرهم بإيداع الثمن خزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا . فطلب البائع فسخ البيع ، فقضت المحكمة رفض هذا الطلب ، مرسمة حكماً على مجرد أن المشترين استخرجوا فى نفس الشهر الذى حصل فيه البائع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة باثني عشر تسجيلاً أريت على أثنى جنبه ، وأن هذه الشهادة شملت جملة قنبيحات عن نزع ملكية العين ، وأن هذه الحالة تشفع للمشتري فى حبس الثمن لثول خطر نزع الملكية ، فهذا القضاء يكون مخالفاً للقانون . إذ الإيداع بالخزانة هو خير كفالة يمكن أن يطالب بها المشتري ، فعليه متى طلب ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولا يمد هذا فى حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه ما دام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن وما دام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٤٩٧) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق

مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة « سلم فيه المبيع » الواردة فى الفقرة الأولى فقد كانت فى المشروع التمهيدى « سلم فيه المبيع » . وعدلت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقم ٤٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت ٤٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٣٢ - ص ١٣٤) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٢٨/٤٩٦ و ٣٢٩ فقرة ٢ و ٣/٤٠٨ - ٤٠٩ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٧٣ - ولا مقابل لما في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه لتحديد المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن يتعين التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت تسليم البيع . (٢) وحالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم البيع .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٨/٤٠٦ : يجب على المشتري وفاء الثمن في المباد وفي المكان المبين في عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه .
م ٣٢٩ فقرة ٢ و ٣/٤٠٨ - ٤٩٩ : وإذا كان الثمن مؤجلاً يكون دفعه في محل المشتري ، ومع ذلك يراعى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجاري .
(ولم تذكر هذه النصوص أن مكان الوفاء بالثمن هو نفس مكان تسليم البيع لو كان وقت دفع الثمن هو نفس وقت تسليم البيع ، ولكن هذا الحكم كان يستخلص ضمناً من مقصود المذنب .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٤ (مطابقة المادة ٤٥٦ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ منصور الزرقا فقرة ٢٢٥) .
التقنين المدني الليبي م ٤٤٥ (مطابقة المادة ٤٥٦ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٣ : إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أدائه في مكان المشتري أدائه فيه ، فإذا لم يبين المكان وجب أدائه في المكان الذي يسلم فيه المبيع وإذا لم يكن معيناً عند تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في محل المشتري وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد عرف أو قانون يفسر بغير ذلك .

(وأحكام التقنين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدين فقرة ٢٧١ و فقرة ٢٨٧ والأستاذ مياس حسن الصراف فقرة ٥٥٠ - فقرة ٥٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد نص مماثل ، فتسري القواعد العامة ، وهذه تنص بأن يكون الوفاء بالثمن في وطن المشتري (م ٣٠٢ لبنان) ، عالم يوجد اتفاق يختلف ذلك .

٣٩٩ - **التمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع** : يخلص مما عدهناه في تحديد الوقت الذي يجب فيه الوفاء بالتمن أن التمن يكون مستحق الدفع وقت تسليم المبيع في الفروض الآتية :

(١) إذا لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا لدفع التمن ، فعندئذ يكون تسليم المبيع واجباً وقت تمام البيع ، وفي هذا الوقت أيضاً يكون التمن مستحق الدفع .

(٢) إذا حدد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع التمن .

(٣) إذا حدد وقت معين لتسليم المبيع دون تحديد وقت ما لدفع التمن ، فعندئذ يكون التمن مستحق الدفع في الوقت الذي يتم فيه تسليم المبيع .

ففي هذه الفروض جميعاً ، ما دام التمن يدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، فإنه يدفع أيضاً في المكان الذي يسلم فيه المبيع ، حتى يكون تنفيذ الالتزامين المتقابلين في وقت واحد وفي مكان واحد (١) . وقد قدمنا أن تسليم المبيع يكون في المكان الذي يوجد فيه عند تمام البيع ، فإذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت وجب تسليمه في موطن البائع (٢) . ويترتب على ذلك أنه في الفروض الصالفة ذكرها - حيث يكون التمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع - يجب دفع التمن إما في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام البيع إذا كان له محل وجود ثابت ، وإما في موطن البائع إذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت ، وبذلك يتم تسليم المبيع (٢) ودفع التمن في وقت واحد وفي مكان واحد . وسواء دفع التمن في المكان

(١) فإذا كان المشتري هو الذي يطلب المبيع وجب عليه أولاً أن يدفع التمن ، وإذا كان البائع هو الذي يطلب التمن وجب عليه أولاً أن يسلم المبيع (" أنسيكلوبيدي دالوز " لفظ *vente* فقرة ١٥٨١) . وإذا أرسل البائع (السلمة إل المشتري في مقابل دفع ثمنها - *contre rembour* sement) فكان تسليم المبيع ودفع التمن هو موطن المشتري (أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ *vente* فقرة ١٦١٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٠ .

(٣) ولا بد أن يتم التسليم فعلاً في المكان الذي يدفع فيه التمن ، حتى يكون تنفيذ كل من الالتزامين المتقابلين في مكان واحد . وهذا ما يعلل أن عبارة " يسلم فيه المبيع " التي كانت واردة في نص المشروع الصهي قد عدلت في لجنة المراجعة فأصبحت " سلم فيه المبيع " (بمروءة الأفعال التشريعية ٤ من ١٣٢ - وأنظر آنفاً فقرة ٣٩٨ في المامش) .

الذي يوجد فيه المبيع أو دفع في موطن البائع ، ففي الفرضين يكون الحكم استثناء من القواعد العامة ، وهي تقضى بأن يكون وفاء الالتزام - وهو هنا الثمن أى مبلغ من النقود - في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (م ٢/٣٤٧ مدني) . فإذا قد دفع الثمن ، لاني موطن المدين وهو المشتري أو في مركز أعماله ، بل دفع إما في مكان وجود المبيع وإما في موطن الدائن وهو البائع .

كل هذا بطبيعة الحال ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

٤٠٠ - **الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع :**
ويكون الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع في الفرضين الآتين :
(١) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع ،
هذا الفرض يكون تسليم المبيع واجباً بمجرد تمام البيع ، ويكون دفع الثمن واجباً في الوقت الذي حدد له .

(٢) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن وحدد وقت آخر لتسليم المبيع ، فيكون دفع الثمن وتسليم المبيع واجبين في وقتين مختلفين .

وعندئذ - في الفرضين المتقدمين - تنتفي الحكمة من جعل مكان دفع الثمن هو مكان تسليم المبيع ، فقد كانت وحدة المكان ملحوظة عندما كان الوقت واحداً أيضاً حتى لا يسلم المبيع ويدفع الثمن في وقت واحد وفي مكانين مختلفين . أما الآن والثمن يدفع في وقت غير الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، فلم تعد هناك ضرورة في أن يدفع في المكان الذي يسلم فيه المبيع (١) . ومن ثم وجب الرجوع في هذين الفرضين إلى القواعد العامة ، وهي تقضى كما رأينا بأن دفع الثمن يكون

(١) لكن إذا كان الأصل المنسوخ لمشتري يدفع الثمن من نظرة المبيرة أو كان أبولاً يفضل به عليه البائع ، بق المشتري ملتزماً بدفع الثمن في المكان الذي تسلم فيه المبيع وإن كان يدفعه في وقت غير وقت تسليم المبيع (جيوار ٢ بقرة ٥٦٠ - أوبري ورو ، بقرة ٢٥٦ ١٠٠ - بودوي وسبينا بقرة ٤٩٦ - بلانيرل وريبير ومابل ١٠ صر ١٦٥ مابش ١) .

في موطن المشتري أو في مركز أعماله وقت استحقاق الثمن . وهذا مانصت عليه
فعلا الفقرة الثانية من المادة ٤٥٦ مدني إذ تقول : « فإذا لم يكن الثمن مستحقا
وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري
وقت استحقاق الثمن » . فليس هذا النص إلا بيانا للقواعد العامة المتقدم
ذكرها ، ومن ثم وجب أن يكون مكان دفع الثمن ، إذا كان البيع متعلقا
بالأعمال التي يمارسها المشتري عادة وبخاصة إذا كان بيعا تجاريا ، هو مركز
أعمال المشتري (م ٢/٣٤٧ مدني) .

وكل هذا أيضا ما لم يوجد اتفاق أو عرف بخالفه (١) .

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالثمن

٤٠١ - نظريته القواعد العامة : إذا أخل المشتري بالتزام الوفاء بالثمن ،
كفلت القواعد العامة تعيين الجزاء على هذا الإخلال . فالبيع عقد ملزم للجانبين
يُنشئ التزامات متقابلة ، والالتزامان المتقابلان الرئيسيان فيه هما التزام البائع
بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع . فإذا لم يف
المشتري بالتزامه ، جاز للبائع بداهة أن يلزمه بالتنفيذ فينفذ جبرا على ماله بالثمن
ويستطيع بوجه خاص أن ينفذ على المبيع ذاته بعد أن أصبح ملك المشتري وله
عليه حق امتياز البائع فيتقدم فيه على سائر دائني المشتري . وجزاز للبائع أن يطلب

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد المكان الذي يجب فيه الوفاء
بالثمن : « أما المكان فقد كانت القواعد العامة تقضي بأن يكون موطن المشتري وقت الاستحقاق
الثمن ، وهذا ما قرره المشروع فيما إذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع . أما إذا كان
مستحقا في هذا الوقت ، فإن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن
وقت تسليم المبيع وفي مكان هذا التليم . كل هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره
(مجموعة الأعمال التشريعية : ص ١٣٦) .

فسخ البيع تالياً لقواعد الفسخ المقررة في العقود الملزمة للجانبين (١). وجاز للبائع أخيراً ، إذا كان لم يسلم المبيع إلى المشتري ، أن يحبس في يده حتى يستوفى الثمن ، تطبيقاً لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة أيضاً في العقود الملزمة للجانبين . وهذه الجزاءات المختلفة - التنفيذ الجبري وحق الامتياز وحبس المبيع وفسخ البيع - لها أهمية عملية بالغة في البيع بوجه خاص ، لما لهذا العقد ذاته من أهمية عملية بالغة أشرنا إليها منذ البداية (٢) . وهي ضمانات قوية للبائع تيسر له الحصول على حقه من المشتري بطرق متعددة فتكفل بذلك مصلحته ، وتكفل في الوقت ذاته مصلحة المشتري نفسه إذ تهيء له سبل الائتمان فيستطيع في سمر أن يجد البائع الذي يمهله في الوفاء بالتزامه مطمئناً لما وضع القانون بين يديه من ضمانات قوية .

أما التنفيذ الجبري وحق الامتياز فلهما مكان آخر ، الأول مكانه قانون المرافعات والثاني عند الكلام في حقوق الامتياز . وبنى للبحث هنا طريقتان :
(١) حبس المبيع (٢) وفسخ البيع (٣) .

(١) وقد كان المشروع - الذي يشتمل على نص هو المادة ٦٠٩ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه ، أو لم يقيم بالالتزامات الأخرى التي نشأت من عقد البيع ، فالبايع بالخيار بين أن يلزم المشتري بالتنفيذ أو أن يطلب فسخ البيع » . والنص مقتبس من المادة ٤١٣/٣٢٢ من التقنين المدني السابق ، وتنص على أنه « إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع في الميعاد المتفق عليه ، كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب إلزام المشتري بدفع الثمن » . وقد حذفت المادة ٦٠٩ من المشروع التمهيد في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من انقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٤٦ في الماش ١٤٩ في الماش) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٥٨١ من التقنين المدني العراقي « وأنظر استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٥ » .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٥١ - ص ١٥٢ و ص ١٥٤ .

(٣) وقد يشترط البائع ألا يتصرف المشتري في المبيع قبل وفائه بالثمن كاملاً ، فهذا الشرط صحيح ، ومتى سجل البيع معتزلاً بهذا الشرط جاز الاحتجاج به على من يتصرف له المشتري قبل الوفاء بالثمن (استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٦٢ - يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ : ولكن يجوز للمشتري أن يعتبر البيع الصادر له مبيعاً صحيحاً فنسلك بالتقادم القصير - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٣٤ =

ونقابل هذه التصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٧٤/٣٤٥ و ٢٧٩/٣٥٠ و ٢٨٠/٣١١ و ٢٨١/٣٥٣ و ٣٥٢ مختلط (١).

الوارد فيه على المادة ٢٧٣ من التقنين المدني الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٤٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٣ - ص ١٤٥) .

م ٤٦٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٠٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
 « ١ - إذا حق للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، فلا يجوز للمشتري أن يستول على المبيع دون إذن من البائع ، وإلا جاز لهذا البائع أن يسترد المبيع . ٢ - على أنه إذا ملك المبيع في يد المشتري ، كان الهلاك عليه . ٣ - أما إذا سلم البائع المبيع طوعاً ، فليس له أن يسترده ، ولكنه يحتفظ بحقه في المطالبة بفسخ العقد » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة لعدم ضرورتها ، وعدلت الفقرة الثانية بمجملها تنص على حكم الحالة العكسية لأنها أكثر خفاء ، فأصبح النص على الوجه الآتي : « ١ - إذا استكمل البائع حقه في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، فليس للمشتري أن يستول على المبيع دون إذن البائع ، وإلا جاز للبائع أن يسترد المبيع . ٢ - وفي جميع الأحوال إذا ملك المبيع في يد البائع وهو حابس له . كان الهلاك على المشتري » . وصار رقم المادة ٤٧٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الأولى ، وأضحت الفقرة العامة لا ضرورة للنص عليه ، فأصبحت المادة مقصورة على الفقرة الثانية بعد أن أضافت إليها اللجنة حالة ما إذا كان المبيع قد ملك بفعل البائع وهو حابس له وقضت أن الهلاك في هذه الحالة يكون عليه لا على المشتري ، وهذه الحالة محتملة التفرع فوجد من السيد النص عليها . وأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٦ و ص ١٤٨ - ص ١٤٩) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٤/٣٤٥ : وضع اليد على المبيع بدون إذن البائع لا يكون معتبراً إن لم يمتنع الثمن المستحق ، بل يكون للبائع الحق حينئذ في استرداد المبيع . وإنما إذا هلك المبيع وهو في حيازة المشتري ، كان هلاكه عليه .

م ٢٧٩/٣٥٠ : للبائع الحق في حبس المبيع في يده لحين استيلائه على المستحق فوراً من الثمن كلاً أو بعضاً على حسب الاتفاق ، ولو عرض المشتري عليه رهناً أو كفالة ، هذا إن لم يكن البائع المذكور قد أعطى المشتري بعد البيع أجلاً لدفع الثمن لم يحل .

م ٢٨٠/٣٥١ : ليس للبائع الذي لم يتحصل على الثمن المستحق دفعه إليه أن يسترد المبيع الذي سلمه باختياره للمشتري ، وإنما له الحق في الحصول على فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به .
 م ٢٨١/٣٥٣ : إذا قامت التأمينات المعطاة عن المشتري لدفع الثمن أو صار في حالة إعسار يرتب عليه ضياع الثمن على البائع ، جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن فيه ، إلا إذا إعطاء المشتري كفيلاً .

م ٢٨٢ مختلط : وليس للبائع أن يمتنع عن التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو يجره منه . (وأحكام التقنين السابق تنفذ في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا المادة ٢٥٢ =

وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري
المادتين ٤٢٧ - ٤٢٨ - وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٤٤٨ - ٤٤٩ -
وفي التفتين المدني العراقي المواد ٥٧٧ - ٥٨٠ - وفي تفتين الموجبات والعقود
الليثاني المواد ٤٠٧ - ٤١١ (١) .

== مختلط فهذه حلفت لأنها لم يبر مقتضى القواعد العامة : المذكرة الإيضاحية لمشروع التهدي
في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٢٧ - ٤٢٨ (مطابقتان
للمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
فقرة ٢٣١ - فقرة ٢٣٦) .

التفتين المدني الليبي م ٤٤٨ - ٤٤٩ (مطابقتان لمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري) .
التفتين المدني العراقي م ٥٧٧ : ١ - لبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفى ما هو حال
من الثمن ولو كان المبيع جلة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فله حبه إلى أن يستوفى الثمن الحال ،
سواء سمي لكل منها ثمن أو لم يسم . ٢ - حق إعطاء المشتري وهنا أو كفيلا بالثمن لا يسقط
حق الحبس .

م ٥٧٨ : ١ - إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبه ، وليس
لبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبه إلى أن يستوفى الثمن . ٢ - وقبض
للمشتري للمبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبراً ، وللبائع حق استرداده . فإن
هك المبيع أو تمسك وهو في يد المشتري ، ينقلب القبض معتبراً ، ويلزم المشتري بأداء ما في
ذمته من الثمن .

م ٥٧٩ : ١ - إذا كان الثمن مزجلاً في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ،
فلا حق له في حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل .
٢ - هل أنه يجوز لبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن ، إذا كان
المشتري قد أنصف ما قدمه من تأمينات لوفاء بالثمن ، أو كان في حالة إصرار يوشك معها
أن يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة .

م ٥٨٠ : إذا مات المشتري مطلقاً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبه إلى أن
يستوفى الثمن أو تبيعه المحكمة وتؤدى لبائع حقه من ثمنه . فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد
لباق للقرض ، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسوة للقرض فيما بقى له .

(وأحكام التفتين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التفتين المصري . انظر في القانون
المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٣ - فقرة ٢٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصرافه
فقرة ٦٦ د - فقرة ٥٧١) .

تفتين الموجبات والعقود الليثاني م ٤٠٧ : يجب أن يكون التسليم في وقت المعين له في العقد ،
وإذا لم يبين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تنضجها طبيعة المبيع ==

ونبه : حبس المبيع مسائل ثلاث : (١) متى يثبت للبائع حق حبس المبيع
(٢) وما الذى يترتب على ثبوت هذا الحق (٣) وكيف ينقضى .

٤٠٣ - متى يثبت للبائع حق حبس المبيع : يخلص من نص المادة ٤٥٩
مدنى السالفة الذكر أن البائع يثبت له حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن إذا
كان وقت دفع الثمن متقدماً أو معاصراً لوقت تسليم المبيع . ويتحقق ذلك في
الحالتين الآتيتين :

أولاً - إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري .
مثل ذلك أن يكون البيع مطلقاً من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق

= أو العرف . إن البائع الذى لم يمنح المشتري مهلة للدفع لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشتري لم
يدفع الثمن . ولا يقوم مقام دفع الثمن كفالة أو غيرها من وجوه التأمين .

م ٤٠٨ : إذا بيعت عدة أشياء بجملة ، فيحق للبائع أن يحبسها كلها لديه إلى أن يقبض
بمجموع أثمانها ، وإن كان ثمن كل منها قد عين على حدة .

م ٤٠٩ : ليس للبائع أن يمنح عن تسليم المبيع : أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض
الثن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية
الراجعة منه . ثالثاً - إذا منح المشتري بعد العقد مهلة للدفع .

م ٤١٠ : لا يلزم البائع بتسليم المبيع وإن يكن قد منح الشارى مهلة للدفع : أولاً - إذا أصبح
المشتري بعد انعقاد البيع في حالة الإعسار . ثانياً - إذا كان في حالة الإفلاس أو التصفية
القضائية عند البيع مع جبر البيع حركه . ثالثاً - إذا نقضت التأمينات التى قدسها ضماناً لدفع حتى
أصبح البائع مستهدفاً لخطر هلاك الثمن .

م ٤١١ : إذا استعمل البائع حق حبس المبيع بمقتضى المواد المتقدم ذكرها ، كان ضماناً
تسليم على الشروط التى يضمن بها الدائن المرتهن الشيء المرهون عنده .

(وتنطبق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا : (١) أن تبول البائع
لحوالة الثمن على شخص آخر بخط حقه في الحبس في التقنين اللبناني ، كذلك إذا أجاز البائع
أن يقبض الثمن شخص آخر . أما في القانون المصرى فيبقى حق الحبس ضماناً للبائع .

(١) حالات سقرط الأجل في القانون اللبناني تختلف في بعض تفصيلاتها عن حالات سقرط
الأجل في القانون المصرى . أما في علاق العين البيعة ومن عبوسة في يد البائع بغير فعل البائع ،
فإن الخلاف يكون على المشتري في القانون المصرى ، وقد أسال التقنين اللبناني من ذلك على أحكام
الزمن وتنص المادة ١٠٨ من قانون الملكية العقارية في لبنان ، بأن : « يعنى المقار بإشراف
واسع اليد ويبقى بمهلة المالك وعلى مسئوليته إذا أثبت المرتهن حدوث ظروف قاهرة » . فالحلوك
إذاً يكون على المالك أى الراهن في حالة الزمن وعلى المشتري في حالة البيع ، ويكون حكم التقنين
البنباني مختلفاً فى مع حكم التقنين المصرى) .

الدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقاً عن سبب وقت تسليم المبيع فحينئذ للمبيع واجب التسليم أيضاً بمجرد تمام البيع ، فيعاصر وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع . ومثل ذلك أيضاً أن يحدد وقت تسليم المبيع دون أن يحدد وقت دفع الثمن ، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت تسليم المبيع كما قلنا ، فيعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيراً أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدماً على الوقت الذى يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع ، فإذا تأخر المشتري في دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن .

ثانياً - إذا كان الثمن مؤجلاً إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع ، فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن ، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل ، فحل دفع الثمن في الوقت الذى يجب فيه تسليم المبيع أو قبله ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذى استحق فيه الثمن ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وأسباب سقوط الأجل قبل انقضائه مذكورة في المادة ٢٧٣ مدني إذ تقول : « يسقط حق المدين في الأجل : ١ - إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لخصوص القانون . ٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكاملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا تدخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كتابياً . ٣ - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات » . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (١) .

ونخلص مما تقدم أن البائع لا يحق له حبس المبيع إذا كان وقت دفع الثمن متأخراً عن وقت تسليم المبيع ، ولم يسقط أجل الوفاء بالثمن بسبب من أسباب السقوط المتقدمة الذكر (٢) . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان قد حدد وقت لدفع

(١) انظر الوسيط ج ٣ فقرة ٧١ - فقرة ٧٤ .

(٢) ويجب أن يسقط الأجل مثلاً ، فلا يمكن بمجرد تشبه البائع أن يكون المشتري مديناً منه بحلول الأجل (بلائور ، وريجيه ، وعامل ١٠ ص ١٨٠ وماشى رقم ٣) . أما إذا كان البائع قد ساع المشتري أولاً ، ولم يجهل أنه مخلص أو مدين ، فإن الأجل يمكن إسقاطه بغير اشتراط مثلاً ، ويكون البائع يحبس المبيع (بلائور ، وريجيه ، وعامل ١٠ ص ١٨٠ وماشى رقم ٤) .

التمتع متأخر عن الوقت الذي حدد تسليم المبيع ، أو حدد وقت لدفع الثمن .
 أن يحدد وقت لتسليم المبيع فيجب في هذه الحالة تسليم المبيع بمجرد تمام
 . أما الثمن فيدفع في الوقت الذي حدد له ، ولا يجوز في هاتين الحالتين
 حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (١) . كذلك لا يكون البائع في حاجة
 إلى حبس المبيع إذا كان وقت تسليمه متأخراً عن وقت دفع الثمن ، فهو في هذه
 الحالة يستطيع أن يطالب المشتري بدفع الثمن دون أن يسلم له المبيع إلا في الوقت
 المحدد للتسليم ؛ ولكن إذا جاء هذا الوقت وكان المشتري لم يدفع الثمن بعد جاز
 للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٢) .

ونلاحظ بعد ذلك أمرين : (١) إذا كان الأجل الممنوح لوفاء الثمن هو أجل
 منحه القاضى - وهذه هي نظرية الميسرة - لم يحل قيام هذا الأجل دون
 البائع للمبيع إلى أن ينقضى الأجل ويستوفى الثمن ، حتى لو كان وقت
 تسليم المبيع سابقاً على وقت انقضاء الأجل . ذلك أن الأجل الذى يعطى لدفع
 الثمن فيحول دون حق الحبس يجب أن يكون أجلاً منحه البائع للمشتري كما
 تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى ، أما الأجل الذى
 يعطيه القاضى للمشتري فقد منحه القاضى لا البائع ، ولعله يكون قد منحه
 للمشتري رغم إرادة البائع نفسه ، وهو على كل حال أجل منظور فيه إلى التيسير
 على المشتري لا إلى إضاعة حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٣) .
 (٢) إن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن في الأحوال المتقدم ذكرها
 ليس إلا تطبيقاً لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ولقاعدة الحق في الحبس بوجه
 عام (٤) ، فإن البيع عقد ملزم للجانبين وقد تأخر المشتري فيه عن الوفاء بالتزامه

(١) ولكن قد يقع في هاتين الحالتين - وقت دفع الثمن متأخر من وقت تسليم المبيع أو تحديد
 وقت لدفع الثمن دون تحديد وقت لتسليم المبيع - ألا يطالب المشتري بتسليم المبيع حتى يحين وقت
 دفع الثمن ، فللبائع عندئذ أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق .

(٢) بودى وسبينا فقرة ٣٠٧ من ٣٠٨ .

(٣) لوران ٢٤ فقرة ١٧٠ - جيسوار ٣ فقرة ٢١٧ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٤
 هاش ورم ١٤ - بودى وسبينا فقرة ٣٠٦ - بلانيول وريبير وماسل ١٠ فقرة ١٥٧
 من ١٩٧ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التشريعية ، ص ١٤٢ .

وهو دفع الثمن ، فجاز للبائع أن يثبت هو أيضاً من جانبه تنفيذ التزامه وهو تسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفي الثمن (١) . وهذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يشترط على البائع في عقد البيع ألا يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وسرى أن البائع يجوز له أيضاً ، بعد أن يثبت حقه في الحبس ، أن ينزل عن هذا الحق إما بمنحه أجلاً للمشتري لدفع الثمن ، وإما بتسليمه المبيع اختياراً للمشتري بدلاً من حبسه ، وإما بأي طريق آخر يفيد النزول عن الحق .

٤٠٤ - ما الزى يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع : يترتب

على ثبوت حق البائع في حبس المبيع ما يترتب على الحق في الحبس بوجه عام ، وقد بحثنا ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحق في الحبس (٢) .

فالبائع يمنع عن تسليم المبيع للمشتري حتى يستوفي الثمن كاملاً وفوائده التي قد تكون مستحقة ، وهذا بالرغم من أن وقت تسليم المبيع يكون قد حل . ولا يتجزأ حق الحبس ، فلو دفع المشتري بعض الثمن بقي المشتري حابساً لكل المبيع حتى يستوفي الثمن والفوائد جميعاً . ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فللبائع أن يحبس كل المبيع حتى يستوفي كل الثمن ، سواء سمى لكل شيء من الأشياء المبيعة ثمن أو لم يسم ، ولا يحق للمشتري أن يطالب البائع بتسليم بعض المبيع إذا دفع من الثمن ما يقابل هذا البعض (٣) .

وثمرات المبيع أثناء مدة الحبس تبقى من حق المشتري ، فقد قلنا أن للمشتري ثمرات المبيع من وقت تمام البيع ، ولا يؤثر الحبس في هذا الحق . ولكن يكون للبائع الحق في حبس ثمرات المبيع مع المبيع ذاته حتى يستوفي الثمن

(١) والطاهر من تطبيق القواعد العامة أن عبء الإثبات على المشتري ، وهو الذي عليه أن يثبت أنه وفي بائنه الحال في ذمته حتى يطالب البائع بتسليم المبيع والاستناع عن حبسه في يده ، ذلك لأن المشتري هو المدين ببائنه والمدين هو الذي يقع عليه عبء إثبات التخلف من دينه (أنظر مع ذلك بلايول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٦ ص ١٧٩) .

(٢) أنظر الوسيط الجزء ١ فقرة ٦٦٨ - فقرة ٦٧٨ .

(٣) أنظر المادة ١٧٧/١ مرقا، والمادة ١٠٨ البائي (أنق) فقرة ١٠٢ من الماشي)

والرائد التي تستحق بالرغم من عدم تسليم المشتري للمبيع ، فإن عدم تسليم المشتري للمبيع يرجع إلى خطأه إذ لم يوف بالثمن المستحق في ذمته (١) .

وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه إياه وفقاً لأحكام رهن الحيازة فيبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد (م ١١٠٣ مدني) ، وفي ذلك تقول الفترة الثانية من المادة ٢٤٧ مدني : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته » . فإذا بذل هذا القدر من العناية فقد برئت ذمته من التزامه بالمحافظة على المبيع ، فإذا ملك المبيع بالرغم من ذلك بغير فعل البائع كان الهلاك على المشتري ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٦٠ مدني كما رأينا ، وهذا بالرغم من أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . فهي هنا على المشتري لأن التسليم لم يتم بخطأه ، فهو الذي تأخر في دفع الثمن فاضطر البائع إلى حبس المبيع . أما إذا كان الهلاك بفعل البائع ، تحمل هذا مسئولية الهلاك إذ وقع بخطأه ، وجاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة . ويترتب على وجوب أن يبذل البائع العناية المعتادة في المحافظة على المبيع أثناء الحبس أنه إذا كان بخشي على المبيع الهلاك أو التلف ، فله أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه (٣/٢٤٧ مدني) .

ولا يجوز للمشتري ، أثناء مدة الحبس ، أن يأخذ المبيع من البائع دون إذنه ، فإن فعل جاز للبائع أن يطلب استرداده منه إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي سلم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه . كذلك يجوز للبائع أن يسترد المبيع من يد أي شخص آخر يأخذه منه

(١) وقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما ثمرات البيع وقت الحبس ، فهي للمشتري من وقت استحقاق الثمن . وعليه فوائده الثمن ، مجموعة الأعمال التعسفية ٤ ، ص ١٥٣) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف دمشق بأنه من القدر قانوناً أن البائع له الحق في حبس المبيع المبيعة في فترة حبس المدين . كذلك المشتري الذي يفسخ عقد البيع الصادر له ، له حق حبس المدين المحكوم بفسخ البيع الصادر فيها حتى يزول الدين السابق له دفعه ، وهو حق واسع يدعى حق حبس فلا يطلب بفساد الدين من فترة حبسها (استئناف مصر ١٠ يناير ١٩٤٩ ، الجريدة ٥٥ ، رقم ١٦١) .

دون إذنه ولو كان غير المشتري ، بنفس الشروط التي يسترد بها المبيع من المشتري . وتقول المادة ٢٤٨ مدني في هذا الصدد : (١) ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حازه أو محرزه . (٢) ومع ذلك يجوز للحاسر الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداداً ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم به بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه (١) .

وحق البائع في حبس المبيع يمنح به البائع على الغير ، فلأن المشتري باع المبيع ، ودفع المشتري من المشتري ثمنه للمشتري ، ولكن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري من المشتري حتى يستوفي الثمن من المشتري .

٤٠٥ - كيف ينقضي حق البائع في حبس المبيع : ويبقى حق

البائع في حبس المبيع قائماً إلى أن ينقضي هذا الحق ، إما بزوال سببه ، وإما ينزول البائع عنه .

فينقضي حق البائع في حبس المبيع بزوال سبب الحبس ، وذلك بأن يستوفي البائع الثمن والفوائد جميعاً ، وقد قدمنا أن الحبس لا يتجزأ ، فلربق في ذمة المشتري بعض الثمن أو الفوائد وحدها كان للبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوفي ما بقي في ذمة المشتري .

وينقضي الحق في حبس المبيع بزوال البائع عنه . وقد قدمنا أن هذا الحق ليس من النظام العام ، فيجوز للبائع أن ينزل عنه مقدماً في عقد البيع فلا يجوز أن يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وكذلك يجوز للبائع ، بعد أن

(١) أنظر المادة ٢٧٤/٣٤٥ من القانون المدني السابق والمادة ٢/٥٨٨ عراق . أيضاً فقرة ٤٠٢ في الحاشية . ولكن إذا هلك المبيع في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الهلاك على المشتري من باب أولى ما دام أنه يهلك على المشتري حتى لو كان في يد البائع ، ويجب على المشتري الوفاء بالثمن بالرغم من هلاك المبيع في يده (المذكرة الإيضاحية للمشروع انسهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) .

يثبت له الحق في حبس المبيع ، أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً . فإذا سلم المشتري المبيع اختياراً بعد أثبت حقه في حبسه ، عد هذا نزولاً عنه عن حقه في حبس المبيع (١) ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يسترده من المشتري (٢) . وإنما يستطيع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالثمن ، فإذا فسخ له بالسسخ أمكنه عند ذلك استرداد المبيع (٣) . وإذا ثبت للبائع حق حبس الثمن لعدم استيفاء الثمن المستحق ، ولكن البائع منح بعد ذلك باختياره للمشتري أحلاً لدفع الثمن ، فإن هذا يستخلص منه زول ضمنى من البائع عن حقه في حبس المبيع . فيجوز للمشتري في هذه الحالة مع انتفاعه بالأحل الذي منحه إياه البائع أن يطالب بتسليم المبيع بعد أن زر هذا عن حقه في حبه (٤) . لكن حق البائع في حبس المبيع حتى - ، في الثمن المستحق لا يرول حتى

(١) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ولكن لا يعتبر تسليم المبيع إلى المشتري قرينة قسوية على أن الثمن قد دفع ، وقد يكون قرينة قضائية إذا سمحت ظروف الدعوى باستخلاص هذه القرينة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤١ ص ٦٢٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ٣ فقرة ٢٤٩٢) .

(٢) ويؤول حق البائع في حبس المبيع حتى لو رجع إليه بطريق آخر ، كبائع السيارة يسلمها للمشتري ، ثم يسترجعها لإصلاحها فلا يستطيع أن يحبسها بالثمن (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٤٦٠) . وكما يجوز للبائع النزول عن حق الحبس إطلاقاً ، ويجوز له أيضاً أن ينزل عنه بشرط أن يقدم له المشتري كفالة أو رهناً بالثمن ، فإذا قدم له هذا الضمان ، سلمه المبيع استضافاً بالضمان عن حق الحبس .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - وانظر المادة ٢٨٠/٣٥١ من التقنين المدنى السابق والمادة ٧٨/١ من التقنين المدنى العراقى آنفاً فقرة ٤٠٢ فى الهامش .

(٤) أنظر لمباراة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٩ مدنى ، والمباراة الأخيرة من المادة ٢٧٩/٣٥٠ من التقنين المدنى السابق ، والمادة ٧٩/١ من التقنين المدنى العراقى والمادة ٤٠٩ ثالثاً من تقنين الموجبات والمقود البنائى (آنفاً فقرة ٤٠٢ فى الهامش) - هذا ما لم يتحفظ البائع عند منحه الأجل للمشتري ، فيمنحه الأجل مع الاحتفاظ بحقه في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما إذا منح البائع للمشتري أجلاً جديداً للدفع ولم يتحفظ ، سقط حقه في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) . وقد قدمنا أن الأجل (فقرة المبصرة) الذى يمنحه القاضى للمشتري للوفاء بالثمن لا يسقط من البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن بعد انقضاء نظرة المبصرة ، فإن القاضى لا يلباه من الذى منح المشتري الأجل .

لو قدم المشتري رهناً أو كفالة بالثمن . لأن البائع يطلب حقاً واجب الرضاء في الحال ، فلا يكفي أن يقدم له المشتري رهناً أو كفالة ، وإذا كان الرهن أو الكفالة يضمن له الوفاء بحقه فعنده نظيرهما إذ أنه حق حبس المبيع وله حق امتياز عليه ، فليس هو في حاجة إلى تأمينات أخرى ولا يجبر على الاستعاضة عن التأمينات التي أعطاهها له القانون بتأمينات جديدة يقدمها له المشتري (١) . وقد رأينا (٢) أن حق المشتري في حبس الثمن ، على التقبض من حق البائع في حبس المبيع ، يزول بتقديم كفالة أو رهن للمشتري ، وهذا لأن السبب في ثبوت حبس الثمن للمشتري هو خشيته من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع معسراً عند الرجوع بضمان العيب ، فتقديم كفالة أو رهن في هذه الحالة يكفي لملافاة سبب الحبس ، فيزول هذا الحق .

ويلاحظ أن هناك سببين لسقوط الأجل يزولان إذا قدم المشتري للبائع ضماناً . فإذا ضعفت التأمينات التي تكفل الثمن لسبب لا يدخل لإرادة المشتري فيه ، سقط الأجل ، وأصبح الثمن حالاً ، فكان للبائع حبس المبيع حتى يستوفيه ، وهذا ما لم يقدم المشتري للبائع ضماناً كافياً (م ٢٧٣ ثابته مدني) . فهنا يمنع على البائع حبس المبيع إذا قدم له المشتري ضماناً كافياً للثمن ، لأن الضمان الكافي الكافي يحل محل الحبس بعد أن يحل الثمن بسقوط الأجل ، بل لأن الضمان الكافي يمنع من سقوط الأجل فلا يكون الثمن حالاً ومن ثم لا يثبت حق البائع في حبس المبيع أصلاً . وكذلك بسقوط الأجل ، فيصبح الثمن حالاً ويجبس البائع المبيع حتى يستوفيه ، إذا لم يقدم المشتري للبائع ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات . فإذا قدم المشتري بعد ذلك ما وعد بتقديمه من التأمينات ، عاد الأجل إلى الظهور ، ومن ثم لا يثبت للبائع حبس المبيع ، لأن التأمينات التي قدمها المشتري للبائع

(١) ونقول الذكر الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد ، وإذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع ولم يدفع ، يبايذ البائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له . ولا يسقط حقه في الحبس (إلا أن يقدم له : اقرأ ولو تقدم له ، وما ورد في الذكرة الإيضاحية وقع فيه خطأ مادي) المشتري رهناً أو كفالة ، لأن البائع يطلب رهناً واجب الوفاء في الحال ، (مجموعة الأعمال التجارية ٤ ص ١٥٢ - ص ١٤٤) .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٢٩٧ .

قامت مقام الحبس ، بل لأن حق الحبس ذاته لم يعد موجوداً بعد أن رجع الأجل إلى الظهور بتقديم المشتري التأمينات التي وعد بتقديمها .

وإذا حول البائع الثمن الذي في ذمة المشتري إلى محال له ، انتقل الثمن بضماناته إلى المحال له ، ومن هذه الضمانات حق حبس المبيع . فإذا كان المبيع لا يزال في يد البائع وسلمه للمحال له وحل الثمن ، كان للمحال له أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري ، فلا يزول حق الحبس بالحوالة (١) .

(١) بل وللحال له أن يطلب فسخ البيع ، ويأخذ المبيع بدلا من الثمن - ومن أجل ذلك لم ينقل الثمنين المدفوعين المحكوم الذي كان وارداً في المادة ٣٥٢ مدف مختلط ، وكانت تنص على أنه « ليس للبائع أن يمنع من التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه » ، فهذا الحكم لا يتفق مع القواعد العامة ، وقد رأينا مقتضى تطبيقها فيما قلناه . وكان القضاء الوطني يقضي في عهد الثنتين المدفوعين السابق بأن البائع الذي حول ثمن يبق محتفظاً بحق حبس المبيع ، لأن الثنتين المدفوعين الوطني أغفل ذكر المادة ٣٥٢ من الثنتين المدفوعين المختلط . فقضت محكمة شرب الكوم الكلية بأنه إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر ، فجرد هذا التحويل لا يفهم منه صراحة أو ضمناً سقوط حق البائع في حبس العين المبيعة في القانون الأهل ، وذلك لأن الشارع قد أغفل في القانون المدفوع الأهل ذكر المادة ٣٥٢ من القانون المدفوع المختلط ، ويفهم من هذا أن الشارع الأهل قصد ألا يسقط حق حبس العين إلا بالتسليم الحقيقي أو التنازل الصريح عن هذا الحق أو دفع الثمن بالفعل (١٨ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩٤) .

ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد إغفال المشروع للمادة ٣٥٢ مختلط : « ولم ينقل المشروع المادة ٣٥٢ من الثنتين المختلط . فقد تركت هذه المسألة يستخلص حكمها من القواعد العامة ، وهذه تقتضى بأن البائع إذا حول حقه في الثمن انتقل إلى المحال له ما كان للبائع من ضمانات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤) . والمفروض في هذه الحالة الأخيرة أن المشتري هو الذي أجرى حوالة الدين بانتمن غفله من ذمت إلى ذمة المحال عليه ، وقبل البائع هذه الحوالة ، فلا يعد قبوله للحوالة نزولاً منه من حقه في حبس البيع ، بل له أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يستوفي الثمن إما من المحال عليه وإما من المشتري نفسه .

ومن هنا نرى أن الأحكام الثلاثة التي أوردناها ثنتين الموجبات والمفود البنائية في المادة ١٠٩ منه لا تتفق مع القواعد العامة في الحكمين الأولين ، وتتفق معها في الحكم الثالث وحده . وتنص هذه المادة كما رأينا (أنظر فقرة ٤٠٢ في الخامس) ، على ما يأتي : « ليس للبائع أن يمنع من تسليم المبيع : أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً - إذا منع المشتري بعد ذلك حوالة لغيره » .

٢٩ - فسخ البيع

٤٠٦ - تطبيق القواعد العامة: إذا لم يف المشتري بالثمن المستحق، فلبائع، غير حبس المبيع، ضمان آخر هو أن يطلب فسخ البيع، وتسرى القواعد العامة في طلب الفسخ، وهذه القواعد مقررة في المادتين ١٥٧ و ١٥٨ من التقنين المدني. فتنص المادة ١٥٧ على أنه ١ - في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعلانه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له منقضى. ٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين ذيل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة. وتنص المادة ١٥٨ على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعني من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١)».

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يورد نصوصاً يطبق فيها الأحكام المتقدمة على عقد البيع بالذات، فحذفت اكتفاء بالقواعد العامة، وسيرد ذكرها فيما يلي (٢).

ويخلص من النصوص التي قدمناها أن فسخ البيع لعدم دفع الثمن إما أن يكون فسخاً قضائياً، وإما أن يكون فسخاً اتفاقاً

(١) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادتين ١٥٨ - ١٥٩ من التقنين المدني السوري، والمادتين ١٥٩ - ١٦٠ من التقنين المدني الليبي، والمادتين ١٦٧ - ١٧٨ من التقنين المدني العراقي، والمادة ٤٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني. (٢) أنظر ما يلى فقرة ٤٠٧ و فقرة ٤١١.

(١) الفسخ القضائي

٤٠٧- مسائل مهمة : إذا أحل المشتري بالتزامه من دفع الثمن كاملاً في ميعاده ، جاز للبائع كما قدمنا أن يطلب فسخ البيع ، ونسرى القواعد العامة في هذا الفسخ ، وبسبب الفسخ القضائي لأنه متروك لتقدير القاضي ، لا لاتفاق المتبايعين كما هو الأمر في الفسخ الاتفاقي .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في الفسخ القضائي كما سبق القول ، فكانت المادة ٦١٠ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : « (١) في بيع العقار ، يتعين الحكم بالفسخ فوراً ، إذا طلب البائع ذلك وكان مهدياً أن يضع عليه المبيع والثمن . (٢) فإذا لم يكن مهدياً بذلك ، جاز للقاضي أن يحل المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري التوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . (٣) فإذا انتقض الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة « (٢) » .

فدستعرض إذن في إنجاز القواعد العامة في الفسخ القضائي (٢) مطبقين بإحدى على عقد البيع بالذات ، فتبحث مسائل ثلاثاً : (١) متى يجوز الفسخ (٢) وكيف يكون الفسخ . (٣) والآثار التي ترتب على الفسخ .

(١) وكان هذا النص يتقابل في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٣/١١٤ - ١١٥ ، وهي تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تعطي لأصحاب قوة ميعاداً للمشتري لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجر عند الانقضاء . ولا يجوز أن يعطى إلا ميعاداً واحداً » . ويتقابل في التقنين المدني العراقي المادة ٤٨١ ، وهي تنص على ما يأتي : « ١ - إذا لم يدفع المشتري عند استحقاقه ، أو أحل بالإلزامات الأخرى التي نشأت عن عقد البيع ، فالبايع بالخيار إما أن يلزم المشتري بالتنفيذ ، وإما أن يطلب فسخ البيع . ٢ - ويتعين الحكم بالفسخ فوراً إذا طلب البائع ذلك وكان مهدياً أن يضع عليه المبيع والثمن . فإذا لم يكن مهدياً بذلك ، جاز للمحكمة أن تنظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري التوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . فإذا انتقض الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر » .

(١) - انظر الأعمال التفسيرية : ص ١١٧ في الحاشي وبين ١١٩ في الحاشي .

(٢) - انظر في التوائد العامة في الفسخ القضائي الوسيط ص ١٠١ ، فقرة ١٦٩ - فقرة ١٧٩ .

٤٠٨ - متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن : إذا كان الثمن مستحق الأداء ، وتختلف المشتري عن الوفاء به ، وجب على البائع إعادته . فإذا لم يدفع المشتري الثمن بعد الإعذار ، جاز للبائع أن يرفع دعوى على المشتري يطلب فيها فسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى (١) . وبكفي لجواز طلب الفسخ أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو بعضه (٢) ، أو أن يتخلف عن

(١) ولحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها من أن المشتري قد نفذ الالتزامات التي ترتبت عليه بمقتضى عقد البيع ، وسلطتها في ذلك تامة لا رقابة عليها محكمة النقض (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢) . كما أن لها أن تستخلص أنه لم ينفذ هذه الالتزامات تنقضى بالفسخ ، سواء كانت هذه الالتزامات من دفع الثمن أو التزامات أخرى أخذها المشتري على نفسه في عقد البيع . فن قضية المشتري تسمى أرضاً من مصلحة الأملاك ، وتهدد باقاة معامل صناعية عليها في مدى ثلاث سنوات دون أن يقيم هذه المعامل ، ثم نشبت الحرب فادعى أن الحرب تمنعه من الوفاء بالتزامه ، واستخلصت محكمة الموضوع من هذه الوقائع بأن نيته في عدم إقامة البناء قد تبين من قبل نشوب الحرب بمدة طويلة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢) . فإذا ارتفع السبب الذي أسس عليه البائع طلب الفسخ ، وجب بحث طلب الفسخ على أساس آخر هو تفسير لمشتري فيما التزم به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أسس البائع دعواه بطلب فسخ عند البيع على أن المشتري ، بعد أن التزم بمقدار ما هو مطلوب للحكومة التي تلحق عليها البائع ملكية المبيع من أنقساط الثمن ، لم يقيم بدفع شيء ، وأن الحكومة تزعت ملكية أليمانه هو وفاء لمطلوبها وبيعت ورساً مزاداً على المشتري ، فحكمت المحكمة بالفسخ على أساس إجراءات البيع الجبري دون أن تغير الثغرات إلى ما جاء بمحاضر جلسة البيع من أن مطلوب الحكومة قرر أنها تنازلت عن دعوى الفسخ لمصروف اتفاق جديد بينها وبين البائع وأنها رخصت للرأى عليه المزداد المتخلف بقبض ما كان دفعه من الثمن وأن هذا التنازل أثبت وألزم الحكومة بالمصاريف ، فإنها تكون مخطئة ، لأن الفسخ تأسيساً على إجراءات البيع الجبري غير جائز ما دام هذا السبب قد ارتفع ، وكان الواجب بحث طلب الفسخ على أساس التفسير المدعى به على المشتري فيما التزم به في العقد (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٤ ص ٢٣٠) .

(٢) وإذا اشترط البائع حلول الأقساط الباقية إذا تأخر المشتري في دفع قسط ، فإن ذلك لا يمنعه من تأخر المشتري في الدفع من طلب فسخ البيع (استئناف مخطوط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٥) ، وإذا اختار البائع المطالبة بالأقساط المتأخرة فذلك لا يمنعه إذا استمر المشتري في عدم الدفع من طلب الفسخ (نفس الحكم السابق) . وإذا اشترط البائع على المشتري ألا يبيع العين المشتراة ولا يردنها إلا بعد وفاء الثمن كاملاً ، فهذا شرط نسخ لا شرط واقف ، ويكون لمشتري أن يبيع أو يردن ، ولكن تصرفه يكون مطلقاً على شرط قاسية هو دفع الثمن كاملاً . فإذا لم يدفع ، جاز للبائع أن يفسخ البيع الأصل فيفسخ تبعاً لذلك تصرف المشتري بالبيع أو بالردن (استئناف مخطوط ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢١) .

دفع الفوائد وحدها كما إذا كان الثمن لم يحل أجله ولكن حلت الفوائد ولم يدفعها المشتري . فحسب المشتري عن دفع أى جزء من الثمن حال الأداء ، أو تخلفه عن دفع الفوائد المستحقة على الثمن ، يكفى لجواز أن يرفع البائع دعوى بطلب فيها فسخ البيع . ويستوى أن يكون الثمن الذى تخلف المشتري عن دفعه كله أو بعضه رأس مال أو إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة . ففى تخلف المشتري عن دفع رأس المال أو إيراداً دائماً ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط تأخر المشتري عن دفع قسطين فى سنتين متوالين ، فان هذا الشرط ليس ضرورياً لفسخ البيع ، وإنما هو ضرورى لاستبدال رأس المال بالدخل الدائم (م ٥٤٧ مدنى) (١) . كذلك متى تخلف المشتري عن دفع قسط من أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ويطلب فسخ البيع ، وأن يرد ما سبق له قبضه من أقساط الإيراد مع فوائدها الانفاقية أو القانونية من وقت القبض ، وأن يسترد المبيع وثمراته من وقت البيع . وتنص المادة ٧٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا لم يقم المدين (بالإيراد) بالتزامه ، كان مستحق أن يطلب تنفيذ العقد : فان كان العقد بعوض جاز له أن يطلب محسبه مع التعويض إن كان له محل » (٢) . بل يكفى أن يتخلف المشتري عن رد

(١) جيوار ٢ فقرة ٥٧٢ - أوبرى ورو ، فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ - بودوى وسينييه فقرة ٥٣٨ - عكس ذلك بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٩٥٨٧ - كولان وكايشان ٢ فقرة ٥٩٣ - جوسران ٢ فقرة ١١٤١ .

(٢) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فيوجد نص خاص (م ١٩٧٨) يمنع من فسخ العقد بسبب التأخر عن دفع قسط الإيراد المرتب مدى الحياة (بودوى وسينييه فقرة ٢٢٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٤ ص ١٨٦ - جوسران ٦ فقرة ١١٤٣) . أنظر أيضاً المادة ٤٨٠ فقرة ثالثة / ٤٨٨ من التقنين المدنى السابق وكانت تجرى على الوجه الآتى : « يجوز لمصاحب الإيراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدادها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص بجام من أثمانها كاف لأداء المديونات المتفق عليها » . فكان النص يمنع الفسخ ، ولا يبيح إلا التنفيذ على الوجه المذكور . ولكن التقنين المدنى الجديد - المادة ٧٤٦ السابقة الذكر - عدلت هذا النص ، ورجعت قوة إياه لنفسى الفوائد المعجلة . وللمعجزة بتأخير البيع ، فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرقى التقنين السابق ، وإلا فالقانون الجديد .

مصرفات البيع - إذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشتري - إلى البائع حتى يستطيع هذا أن يرفع دعوى الفسخ ، لأن مصرفات البيع ملحقة بالثمن ، وهي على كل حال التزام في ذمة المشتري في عقد بيع ملزم للجانبين ، فتختلف المشتري عن القيام بهذا الالتزام جاز للبائع طلب فسخ العقد (١) .

ويجوز طلب الفسخ في كل بيع ، ويستوى في ذلك بيع العقار وبيع المنقول . وإذا كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التى أسلفنا ذكرها تقتصر على ذكر بيع العقار فذلك لا يمنع من أن حكمها يصح أيضاً في بيع المنقول . إلا أنه يغلب في بيع المنقول أحد أمرين : إما أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الحالة التى تعرض لها المادة ٤٦١ مدنى (٢) وسبأى بيانها ، وإما أن يمنع الفسخ حتى لو لم يدفع المشتري الثمن لتغير حالة المبيع عما كان عليه وقت البيع كما إذا كان لولا فسخ أو خشباً فصنع أثاثاً أو بئراً فوضع في الأرض (٣) . ولكن يجوز في هاتين الحالتين أن يباع منقول ويكون البيع غير مؤجل لافي دفع الثمن لافي تسليم المبيع ، ويتخلف المشتري عن دفع الثمن فيستطيع البائع في هذه الحالة ولو كان قد سلم المبيع أن يطلب فسخ البيع فسخاً قضائياً ، ويكون للقاضي حق التقدير فيما إذا كان يقضى بفسخ البيع أو يعطى للمشتري مهلة لدفع الثمن (٤) .

(١) بودرى وسبينا لفقرة ٥٣٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٢ - وإذا كان البيع ينتج ثمرات وتسلمه المشتري ، وأودع الثمن خزانة المحكمة دون الفوائد وهي مستحقة في هذه الحالة بمجرد تسليم المبيع ، لم يكن عرض الثمن دون الفوائد صحيحاً ، وأجاز للبائع طلب الفسخ (نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) . (٢) وهي حالة ما إذا اتفق المتبايعان على معيار لدفع الثمن وتسليم المبيع . (٣) ولا يعتبر تقيراً لحالة المبيع يمنع منه الفسخ أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، إذا كان المنقول لا يزال محتفظاً بذاتية المادية ، كاشية ألحقت بأرض زراعية ، وكالآلات الزراعية والسواقي ونحوها تخصص لخدمة الأرض ، وكالمرايا والتمائيل توضع في منزل (بودرى وسبينا فقرة ٥٣٥) .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشمل على نص يورد حكماً غير هذا الحكم ، فكانت المادة ٦١٣ من المشروع تنص على ما يأتي : ١ - إذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للجانبين ، إذا لم يستوف الثمن ، أن يسترد ما باعه من منقول مادام المبيع في حيازة المشتري ، على أن يكون الاسترداد في مدة ستة عشر يوماً من وقت تسليم المبيع ، وعلى أن يبقى المنقول حائطاً به (م ٤ - ك - ب ط ٤) .

وبدورى ذلك فى الفسخ القضائى أن يكون البيع بيعاً مدنياً أو بيعاً تجارياً .
غير أنه فى البيع التجارى يدخل التقنين التجارى تعديلات على حق البائع فى
الفسخ القضائى فى حالة إفلاس المشتري ، فيمتنع هذا الحق إذا سلمت البضائع
المبيعة للمفلس ، ويصبح البائع دائئاً بالثمن وهو أسوة الغرماء فيه (١) .

وبستوى أخيراً فى الفسخ القضائى أن يكون البيع بالممارسة أو أن يكون بيعاً
قضائياً بالمزاد العلنى جبرياً شأن أو اختيارياً (٢) . وإذا كان قانون المرافعات قد
نظم إجراءات خاصة ، فى حالة البيع القضائى بالمزاد ، لإعادة البيع على من رسا

== لحاك التى تم عليها التسليم . ٢ - هل أنه لا يجوز أن يضر الاسترداد باستياز المزجر ، إلا
إذا أثبت أن المزجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها ما هو موجود بالعين المزجرة لم يدفع ثمنها .
٢ - ولا يجوز الإخلال فما تقدم بالفرائين والعادات التجارية المتعلقة بالاسترداد . فكان
النص يجعل بيع المنقول غير المزيل - أى الذى لم يفتق فيه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم
البيع - مفسوخاً من تلقاء نفسه دون اتفاق فى المقدس ذلك ، إذا لم يتصرف الثمن ولهذا أن
يسترد المبيع من تحت يد الشترى إذا كان قد سلمه له ، وذلك فى مدة خمسة عشر يوماً من وقت
التسليم ، بشرط أن يكون البيع لا يزال فى حيازة المشتري ولا يزال حافظاً لحاله التى كان
عليها رت التسليم ، ودون إخلال باستياز المزجر وبالقوانين والعادات التجارية (أنظر فى
هذا المعنى المادة ٢١٠٢ رايماً من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٦٩ من تقنين الموجبات
والعقود البنائى) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت هذه المادة ، لأنها تتناول تفصيلات يحسن
أن تترك فقهاء العامة (بجمعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٤٠ - ص ١٤٢ فى الماشى) .
ويعتضى تطبيق الماراد العامة أن يكون النسخ قضائياً ، ومن ثم يترك للقاضى سلطة التقدير
فيما إذا كان يفسخ بالفسخ أو يعطى مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ولا يعتبر البيع مفسوخاً من
تلقاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق على ذلك ، شأن المنقول فى ذلك شأن العقار .

(١) وقد نصت المادة ٢٨٣ تجارى على أنه : يجوز استرداد البضائع المرسلة للمفلس للمباعة
إليه ما دامت لم تسلم إلى غارائه ولا تخازن الوكيل بالعمولة المأمور ببيعها على ذمته ، وإذا كان
المفلس المذكور لم يفتح ثمنها كله ولو تمردت به من ورقة تجارية أو دخل فى الحساب الجارى
بينه وبين البائع له . ونصت المادة ٢٨٤ تجارى على ما يأتى : « ومع ذلك لا يقبل الملب
ود البضائع إذا كان المفلس يبيعها قبل وصولها ، وكان البيع بدون عدليس بناء على قائمتها الدالة
على ملكيته لها وتذكرة إرسالها أو بناء على القائمة المذكورة وتذكرة النقل بشرط أن يكون
حوسبوا على كفى منها إحصاء المرسى » . ونصت المادة ٢٨٧ تجارى على أنه : « إذا كانت البضائع
المباعة للمفلس لم تسلم إليه ولم ترسل له ولا لإنتسان آخر على ذمته ، يجوز لبائعها الامتناع
عن التسليم » . أنظر أيضاً المواد ٢٨٤ ، ٢٨٦ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ تجارى .

(٢) القانون رقم ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ المادة ١١ رقم ١/٩٣ من ١٩٢١ .

عليه المزاو وتختلف عن دفع الثمن ، فهذا الطريق الذى يقصد به إعادة البيع لمصلحة الدائنين لا يمنع من سلك الطريق الآخر وهو المطالبة بفسخ البيع وإعادة المبيع إلى صاحبه . وقد يكون لصاحبه مصلحة فى ذلك ، كما إذا كان قاصراً وبيع عقاره بالمزاو فلم يصل إلى ثمن مناسب ولا يتوقع وصوله إلى ثمن مناسب إذا أعيد بيعه على من رما عليه المزاو فيفسخ البيع بدلاً من إعادته ويرد البيع للقاصر ، وكما إذا كان صاحب المبيع مديناً بفقد عليه دائره فانصلحت حاله وأصبح قادراً على وفاء ديونه ومن ثم تكون له مصلحة فى فسخ البيع واسترداد المبيع بدلاً من إعادة البيع (١) .

والذى يطلب الفسخ هو البائع ، وخلفه العام كالوارث ، ودائره باستعماله حق مدبهم فى طلب الفسخ ، والمحال له بالثمن إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر (٢) ، ومن دفع الثمن للبائع وحل محله فيه عن طريق الوفاء مع الحلول . وترفع دعوى الفسخ على المشتري ، وخلفه العام كالوارث . وإذا باع المشتري الذى لم يوف الثمن المبيع إلى مشتري ثان ، وكانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل عقد البيع الصادر إلى المشتري الثانى ، فإن فسخ البيع يحتاج به حل المشتري الثانى . وإذا تعدد البائع أو تعدد المشتري ، كان طلب الفسخ قابلاً للانقسام أو غير قابل له بحسب ما إذا كان المبيع قابلاً لذلك أو غير قابل (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٤٠ — بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٦٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٤٤٤ .

(٢) استئناف مخطوط ١٤ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٢ — ولا يجوز للبائع كذا حول الثمن أن يرفع هو نفسه دعوى الفسخ إلا بموافقة المحاكم (نفس الحكم كسابق) .

(٣) استئناف مخطوط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٣٨٩ — أوبرى ورو فقرة ٢٤٢ ص ١٠٤ — بودرى وسينيا فقرة ٤١٢ — فقرة ٥٤٤ — بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٦١ رقمرة ١٧١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٦ .

ولكن يلاحظ أنه فى حالة ما إذا كان المبيع قابلاً لتجزئة ، وميزات دعوى الفسخ على البائعين المتعددين أو على الورثة المتعدين للبائع ، فأراد بعض منهم فسخ جميعهم دون الآخرين ، جاز للمشتري أن يطلب انقسام من لم يطلب الفسخ إلى من طلب حتى لا تتجزأ طلبه لمصلحة ، ولا يجوز أن يفسخ المشتري كل المبيع (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٦ — جوسران ٢ فقرة ١٤٤٣ — ولكن قارن بلانيول وريبير وكولان ٢ فقرة ١٤٤٢) .

ويجب أن يجوز طلب الفسخ أن يكون البائع قد قام بالتزاماته الناشئة من عقد البيع أو مستعداً للقيام بها ، فيكون قد سلم المبيع للمشتري إذا كان وقت التسليم قد حان قبل وقت دفع الثمن ، أو يكون مستعداً لتسليم المبيع بمجرد حلول وقت التسليم (١) . فإذا كان المبيع قد هلك فاستحال تسليمه ، فإن البيع فسخ بحكم القانون ، ولا حاجة في هذه الحالة إلى طلب الفسخ ، ويتحمل البائع تبعه اهلاك كما سبق القول . وإذا كان البائع قد قض جزءاً من الثمن وطلب الفسخ لعدم استيفاء الباقي ، وجب أن يكون مستعداً لرد ما قبضه من الثمن إلى المشتري (٢) .

== وإذا مات المشتري من ورثة متعددين ، جاز للبائع أن يطلب الفسخ في نصيب أحدهم ، ولا يمتنع هذا بغيرق الصنفه فقد تفرقت قبل ذلك بالميراث (الأستاذان أحد نجيب الملل وحامد ذك فقرة ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠٢ ص ٣٥٣) .

(١) بودرى وسبينا فقرة ٤٤٦ - فلا يمتنع البائع ، وهو لم يسلم المبيع في ميداد التسليم ، بأن المشتري لم يدفع الثمن فلا داعي إلى التسليم ، فادام هو نفسه قد تأخر في التسليم فلا يحق له طلب الفسخ حتى يسلم المبيع أو لا يشتري ثم يطلب منه بعد ذلك دفع الثمن أو الفسخ (بودرى وسبينا فقرة ٤٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع الذي أثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائي ، فإن نقض دعواه التي طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن لا تكون فيه مخالفة للقانون (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ، رقم ٤٢ ص ١٣٢) . أما إذا طلب البائع الفسخ ، وفي أثناء نظر الدعوى باع جزءاً من المبيع لأنه ينس من دفع المشتري الفسخ ، لم يجوز للمشتري أن يمتنع عليه بأنه خالف عقد البيع ، لأن البائع لم يلجأ إلى هذا العمل إلا بعد بياحه من قيام المشتري بدفع الثمن (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

(٢) ويجوز أن يشترط المشتري في عقد البيع ألا يكون للبائع حق الفسخ وليس له إلا حق التنفيذ . بل أن تنازل البائع عن حق الفسخ على هذا النحو يجب أن يكون واضحاً وأن يفسر تفسيراً صحيحاً فإن كل تنازل عن الحق . فإذا اشترط الفسخ عند عدم دفع المشتري القسط الأول من الثمن ، لم يجوز أن يزعم من هذا أنه قد نزل عن حق الفسخ عند تأخر المشتري في دفع الأقساط الباقية ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع المذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ، ودأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط لا ينعاه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يجوز له القانون أن يطلبه فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن بل إن هذا الشرط ثابت له بالنسبة للقانون وبما في غير أي اشتراك في التهمة بفسخه ، فإن تفسير هذا الشرط لا يفسد البائع عليه بأنه خالف لمادة ١٨٧ من القانون المدني ، لأن التفسير يحمي العقد ولا يفسد عليه القانون ، ولكن كان صحيحاً =

٤٠٩ - كیف يكبره فسخ البيع : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدني تقضي : بوجوب أن يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن قبل أن يرفع دعوى الفسخ . وإذا لم يعذر البائع المشتري قبل رفع الدعوى ، فإن رفع الدعوى بالفسخ يعد إعداراً (١) ، ولكن الإعدار السابق على رفع الدعوى يظهر أهميته العملية في أنه يجعل القاضي أسرع استجابة إلى طلب الفسخ ، وإلى الحكم بمصروفات الدعوى على المشتري ، وإلى الحكم عليه أيضاً بتعويض غرق الحكم بالفسخ (٢) .

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه كما قدمنا ، بل لا بد من رفع دعوى وصدر حكم بالفسخ ، وهذا هو الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ الانقاضي . ففي الفسخ القضائي يكون الحكم منشأ للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ

== هذا الطعن لو أن المقد كان مذكوراً فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضي المتأخر مفسوئاً بماك من اعتبار حل المقار المبيع (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة مجر ١ رقم ١٤٩ ص ٧٥٠) .
(١) استئناف مخطوط ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ .

(٢) ولا يمكن لترتب الأثر القانوني للإعذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع أنذره ، ما دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنته لأنه قد يكون حاصل قبل الميلاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتمهيداته التي توقفت عليها تمهيدات المشتري (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة مجر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) وقضت محكمة النقض بأنه وإن كان يتعين لكي تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً لشرط الفسخ النص على أن ينبه البائع على المشتري بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن عمل ذلك ألا يكون المشتري قد سرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه . فإذا كان المشتري قد عرض ثماً أمثل مما هو ملازم بسداد ، وحسم على ذلك ملين الفصل في الأمر ، فلا يكون هناك حاجة - كما يصبح الحكم بالإنذار - إلى ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المدين (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨٦ ص ٦٣٢ - ١١ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٤٨) .

وإذا أُنذر البائع المشتري وحده في الإنذار مدة اذرع الثمن ، فإن هذه المدة لا تشمل الإعذار أثر الإنذار (استئناف مخطوط ١٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ١١ ص ٢٩٨) . والإعذار واجب حتى لو جعل البيع بوجوبه على شرط دفع الثمن (استئناف مخطوط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٠) . ورفع الدعوى يعتبر إنذاراً كما تقدم ، ولو لا بسبب التقاضي حقه في إنذار المشتري بوجوب دفع الثمن (استئناف مخطوط ١٩ يناير سنة ١٩٤١ م ١٢ ص ١٤٤) .

القضائي من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر أهلية التصرف في البائع حتى يقوم بهذه المطالبة . وإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة . أما في الفسخ الاتفاق فإن الحكم يكون مقرراً للفسخ لا منشأ له ، ونسبة المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال الإدارة يستطيع الوصي أن يقوم بها دون إذن المحكمة .

وأبرز ما يميز الفسخ القضائي أن الحكم بفسخ البيع ليس محتماً على القاضي . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدني تقول : « ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جلته » . وكانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى ، كما رأينا ، تقضى بأنه يتعين على القاضي الحكم بالفسخ إذا كان البائع مهتداً أن يضع عليه المبيع والثمن ، فإذا لم يكن مهتداً بذلك جاز القاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري « فوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى ، فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر . فالحكم بالفسخ القضائي إذن لا يكون محتماً على القاضي كما قدمنا ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتفويض ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي . فللدائن بعد رفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ (١) ، كما أن له إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ (٢) . ولكن لا يجوز له الجمع بين التنفيذ والفسخ في طلب واحد

-
- (١) استئناف مخطوط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٤٦ ص ٢٢٦ .
 (٢) استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٤٧ ص ٢٦ . ولكن إذا قضى بالتنفيذ ابتداءً ، لم يجوز للبائع في الاستئناف المدول من التنفيذ إلى طلب الفسخ (استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٤) ، ولكن له طلب الفسخ احتياطياً مع استبقائه طلب التنفيذ طلباً أصلياً في الاستئناف (استئناف مخطوط ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ٩٦) . كذلك إذا رفعت دعوى الفسخ ، فقبل المشتري الفسخ وأعلن قبوله للبائع ، لم يعد يجوز للبائع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ (استئناف مخطوط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٢) . والذي له الحق في قبول الفسخ هو المشتري ، وليس الشترى من الشترى فهذا يبق مهيئاً لغيره . فلذلك على فسخ البيع الأول أو الثاني (استئناف مخطوط ٤ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٤ ص ١٢٧) .

تظرف المدة : (délai de grâce) المنصوص عليها في المادة ٢/٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : « على أنه يجوز للتقاضى في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم . وقد كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي التي حذفت اكتفاء بالقواعد العامة تنص على أمرين : (١) أن المشتري يدفع ، في المهلة التي أنظر إليها ، الفوائد القانونية إذا كان لم ينفق على فوائد أخرى . وبعد حذف هذا النص يمكن القول بأن الفوائد الاتفاقية تسرى ، أما إذا لم يكن متفقاً على فوائد فيتعذر القول بأن الفوائد القانونية تسرى إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فإذا طلب البائع في صحيفة دعوى الفسخ هذه الفوائد كطلب احتياطي في حالة رفض الفسخ كان له الحق فيها . (٢) إذا أمهل المشتري مدة ولم يدفع الثمن أثناء المهلة ، لم يجوز إمهاله مدة أخرى بل يتعين الحكم بفسخ البيع . وبعد حذف النص لا يبقى أمامنا إلا تطبيق المادة ٢/١٥٧ مدني فيما يتعلق بدعوى الفسخ وهذه تقضى بجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً إذا اقتضته الظروف ذلك ، وتطبيق المادة ٢/٣٤٦ مدني وهذه تقضى بجواز أن يمنح للقاضي المشتري أجلاً معقولاً أو آجلاً ينفذ فيها التزامه بدفع الثمن . ومن ثم وجب القول إنه إذا أعطى القاضي أجلاً للمشتري في دعوى الفسخ ، وجب على

== الموضوع الخيار في الأخذ بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو في ظروف كل دعوى مثير معقب عليه . فلا يقبل التمسك على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها في منح المهلة للوفاء . بتأخر الثمن (نفق مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ - وانظر أيضاً ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٢٧٢) . وفي بيع سيارة تأخرت البائنة عن نقل رخصة السيارة إلى المشتري ، فلم تقض المحكمة بالفسخ لأن نقل الرخصة ليس بالتزام جوهري (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠) . وفي قضية أجلت المحكمة النظر في القضية بقرار واعتبرت أن هذه مهلة للمشتري ، ولما لم يدفع حتى انقضى مياد التأجيل قفت بالفسخ ، فأقرت محكمة النقض هذا الحكم (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٤ ص ٥١٠) . وانظر أيضاً في أن الحكم بالفسخ غير واجب وأن على محكمة الموضوع أن تبين الاعتبارات التي دعمتها للقضاء بالفسخ مع أن المشتري عرض الثمن قبل الحكم : نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٠ ص ١٠٢٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣) .

المشتري دفع الثمن في غضون هذا الأجل ، وليس للقاضي أن يمنح المشتري أجلاً آخر ويعتبر البيع مفسوخاً بعد انقضاء الأجل الممنوح دون أن يبي المشتري بالثمن . وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز أن يتكرر طبقاً للمادة ٢/٣٤٦ مدني ، كما يجز إعطاء أجل آخر في دعوى الفسخ إذا كان الأجل الأول أعطى في دعوى التنفيذ (١) .

وليس لدعوى الفسخ مدة خاصة تتقدم بها ، فتتقدم إذن بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ ويكون ذلك عادة عند الإعذار (٢) .

وتسقط دعوى الفسخ أيضاً بالتزول عنها صراحة أو ضمناً كما إذا وافق البائع على تصرف المشتري في المبيع ، وبتغير ذانية المبيع كما إذا كان غزلاً ففسخ (٣) .

ودعوى الفسخ دعوى مختلطة إذا كان المبيع لا يزال في يد المشتري ، فإن كان عقاراً أمكن رفع الدعوى أمام محكمة العز . وهي دعوى شخصية شصة إذا خرج المبيع من يد المشتري ، فيجب رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة موطن المشتري (٤) .

(١) الوسيط جزه أول فقرة ٤٧٥ ص ٧٠٧ وهاش رقم ٣ .

(٢) الوسيط جزه أول فقرة ٤٧٦ - استئناف وطني ١٧ يونيو سنة ١٨٩٠ المرقق

٥ ص ٢٠٠ .

(٣) وتسقط كذلك بنزع ملكية العقار المبيع للشفعة العامة (م ٢٩ من قانون نزع الملكية ، ويستقل حق البائع من العقار إلى التمويض المدفوع لنزع الملكية) ، وبزعم ملكية العقار بواسطة دائني المشتري إذا لم بدون البائع ما يفيد رفع دعوى النسخ في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل (م ٦٤٠ مرافعات) ، وبسليم البضاعة إلى بخازن المشتري المفلس (م ٣٨٣ تجاري) ، وبعدم قيد البائع لامتيازته حتى يوم صدور الحكم بالفلاس المشتري (م ٢٣١ تجاري) إذ سقوط حق الامتياز يستتبع سقوط حق الفسخ (الأستاذان أحد نجيب الهلال وحامد زك فقرة ٤٥٨ - فقرة ٤٦٤ - الأستاذ أنور ساجان فقرة ٢٠٩) .

(٤) بودري ودينيا فقرة ٥٦٣ . ولكن دعوى البائع على المشتري يدفع الثمن على دعوى شخصية محضة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٠) . وإذا حل المشتري من المشتري محل المشتري في التزاماته نحو البائع ، يواز للبائع رفع دعوى النسخ على المشتري من المشتري في ذاته دون حاجة إلى إدخال المشتري الآخر في الدعوى (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩٦ م ٤ ص ١١٦) .

٤١٠ - **الاثنا - التي تترتب على فسخ البيع :** يترتب على فسخ البيع على النحو الذي قدمناه ما يترتب على فسخ أى عقد آخر ، وتقرر المادة ١٦٠ مدنى القاعدة العامة فى هذا الصدد فتقول : « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . وهذا نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان فسخاً قضائياً أو فسخاً اتفاقياً أو انقراضاً بحكم القانون .

والحكم بفسخ البيع يجعله ينحل بأثر رجعى ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ الاتفاقي والفسخ القانوني حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ دون أن ينشئ الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوم فى الفسخ القضائي ولو أن الحكم منشئ لا مقرر ، فلا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ ويكون له مع ذلك أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة هو حكم منشئ وينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم (١) . وينحل البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين وبالنسبة إلى الغير .

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين أن البيع يعتبر كأن لم يكن ، ويعاد كل شيء إلى ما كان عليه قبل البيع . فإذا كان المشتري قد سلم المبيع ، رده هو وثمراته (٢) . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن أو أقساطاً من الإيراد المرتب مدى الحياة ، رد ما قبضه مع فوائده القانونية من يوم القبض ويجوز للبائع أن يحبس ما قبضه حتى يسرد المبيع وثمراته (٣) ، كما يجوز للمشتري

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٧ : .

(٢) فلا يكون له حق فى الثمار . قد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المشتري حق حبس الثمن المحكوم بفسخ البيع فيها وذلك حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تأسيساً على أن التزامه برد العين يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن ، لكن ذلك لا يترتب عليه الحق فى تملك المشتري ثمار البيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ ، ولا على للاحتجاج بقاعدة تملك الثمار الحارة فإن المشتري يعلم أن العين ليست له وإنما هو حابس لها (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ .

أن يحبس المبيع وأثمنه حتى يسترد الجزء الذى دفعه من الثمن (١) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة فى حق الحبس (٢) . وإذا اشترى المشتري أو غرس فى العين المبيعة ، اعتبر بائناً أو غارساً بسوء نية ، لأن النسخ ترتب بسبب آت من جهته ، وطبقت القواعد العامة المقررة فى البناء أو الغراس فى أرض الغير (٣) . وكذلك الحال فى المصروفات الضرورية والنافعة والكالية ، تطبق فيها القواعد المقررة فى هذا الشأن مع اعتبار المشتري سبب سوء النية . وإذا هلك المبيع فى يد المشتري قبل أن يردده ، فإن كان الهلاك بخطأه حكم عليه بالتعويض ، وإن كان الهلاك بسبب أجنبى فالبائع إذا لم يكن قد صدر حكم بفسخ البيع أن يعدل عن طلب النسخ إلى طلب التنفيذ فتكون نعمة هلاك المبيع على المشتري . أما إذا كان قد صدر حكم نهائى بفسخ البيع ثم هلك المبيع بسبب أجنبى فى يد المشتري ، لم يكن المشتري مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا كان المبيع قد

(١) استئناف مخطوط ، مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٢٩٦ .

(٢) ولم يكن فى التنفيذ المدعى السابق نص وام فى الحبس ، ولكن القضاء كان بسطى المشتري حق حبس العين المبيعة حتى يسترد ما وفاه من الثمن إذا لم يكن قد ارتكب فشاً . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لم يرد فى القانون نص عن جوار حبس العين المبيعة تحت يد المشتري إذا فسخ البيع إل أن يرد البائع ما دفعه له من الثمن ، وإنما جاء النص بالمادة ٢٧٩ من القانون المدنى عن حق البائع فى حبس المبيع تحت يده لحين استيلائه فوراً على المستحق من الثمن . على أنه إذا جاز الاتيان على هذا النص وعلى نصوص أخرى فى القانون من اعتبار أى ذائن إذا حق فى حبس العين الناتج عنها الدين تحت يده لحين الحصول على دينه ، ومن ثم جاز هذا الحق لمشتري الذى فسخ البيع الصادر إليه حتى يستوفى ما دفعه ، إلا أنه يشترط فى هذه الحالة وجوب توفى وتسجيل أساسيين : الأول أن يكون الدائن حائزاً فعلاً للشيء الذى يطلب حبه وأن تكون هناك علاقة سببية بين الدين والدين المراد حبه ، أى أن يكون منشأ الدين وسببه العين التى لمشتري تحت يد الدائن . والثانى أن يكون سبب تلك الميزة وأساسها علاقة الية ، وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً عن أن الشراء قد حصل بغيره وتقليص فلا تكون حيازة المشتري لعين المبيعة حيفاً بملأه يدا . وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً من أن الشراء قد حصل بغيره وتقليص فلا تكون حيازة المشتري لعين المبيعة حيفاً بملأه يدا وانتهى حق الحبس (استئناف مخطوط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦) القانون ٢٢ (١٣٢) . أنظر أيضاً الاستئناف مخطوط ١٠ مارس سنة ١٩١٦ . الجمهورية الفرنسية ١٠ رتم ٦٦ ص ١١٠ .

(٣) استئناف مخطوط ، ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٢١ ص ٧٠ - بوردو ، ورونيان ، ١٩٢٩ ، ٤٤٩

س ٤٩٠ - بلايوا ، ورونيان ، ١٩٢٩ ، ١٠ - ١١٠ .

تلف فيرده المشتري في الصورة التي آت إليها (١) . وإذا استبقى المشتري المبيع في يده بعد الحكم بالفسخ ولم يقبل رده فأصبح سيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رده إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ في) (٢) . وللبائع إذا أوجب إلى فسخ البيع أن يطالب المشتري - فوق رد المبيع - بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تحكف المشتري عن القيام بالتزامه ، كان تكون صفقة قد قانت عليه بسبب البيع الذي فسخ ، ويبقى التعويض هنا على أساس المسؤولية التقصيرية لأن البيع بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض (٣) .

وبترتب على انحلال البيع بأثر رجعي بالنسبة إلى الغير أنه إذا كان قد ترتب للغير حق على المبيع من جهة المشتري ، فإن هذا الحق يزول هو أيضاً بأثر رجعي تبعاً لزوال حق المشتري . ولكن يجب هنا التمييز بين المنقول والعقار . ففي المنقول عترض هذا الحكم عادة عقبة ترجع إلى القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول مستند الملكية . فإذا كان المبيع منقولاً ، وباعه المشتري إلى مشتري ثان ، سلمه إياه ، ثم فسخ البائع البيع ، لم يستطع أن يسترد المبيع من تحت يد المشتري الثاني إذا كان حسن النية ، لأن هذا يكون قد ملكه بالحيازة ، فيرجع البائع على المشتري بالتعويض . أما إذا كان المشتري الثاني لم يتسلم المبيع أو كان سيء النية يعرف سبب الفسخ ، فإنه لا يملك المبيع بالحيازة ، بل يردده إلى البائع ويرجع على المشتري بالضمان . وإذا كان المبيع أثاث منزل وضعه المشتري في عقار استأجره فثبت عليه امتياز المؤجر ، لم يستطع البائع استرداده بعد فسخ البيع إلا مثقلاً بهذا الامتياز . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فإن فسخ البيع لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير على هذا العقار إلا إذا سجلت صحيفة دعوى الفسخ قبل تسجيل التصرف الذي أكسب الغير هذه الحقوق (انظر المادتين ١٥ و ١٧ من قانون

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٨؛ ص ٧١٠ .

(٢) الوسيط جزء أول ص ٧١٠ هامش رقم ٣ .

(٣) نفق مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٨ ص ١٤٢ .

الشهر العقاري) : فإذا باع المشتري العقار لشخص ثان ، وسجل هذا المشتري الثاني البيع الصادر له قبل تسجيل البائع بحجة دعوى النسخ ، فإن المحكم بفسخ البيع لا يكون له أثر في حق المشتري الثاني إذا كان حسن النية . وإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل البيع الثاني ، كان لفسخ البيع الأول أثر في حق المشتري الثاني ولو كان حسن النية ، واستطاع البائع أن يسترد العقار من تحت يده . كذلك إذا رتب المشتري على العقار رهناً ، وكان الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن ، فإن الرهن في هذه الحالة لا يتأثر بفسخ البيع . وقد ورد في هذه المسألة الأخيرة نص خاص ، إذ قضت المادة ١٠٣٤ مدني بأنه « يبنى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقاري ، يفرض فرضاً غير قابل للإثبات العكس أن الدائن المرتهن سيء النية إذا كان قد قيد رهنه بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، وذلك للتوفيق ما بين النصين (١) .

ب- الفسخ الاتفاقي

١١٤- اتفاق التجار بمصر على الفسخ : رأينا أن المادة ١٥٨ مدني تنص بأنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعني من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء عنه » . وكان الشروع

(١) انظر المجلد الجزء أول لقرة ٤٧٩ من ٧١٣ - ويعتبر الإيجار الصادر من المشتري لدة لا تزيد على ثلاث سنوات من أملاك الإدارة ، فيبقى قائماً بالرهن من فسخ البيع (سجل م ٤٤٩ ، م ١/٧٠١) ، فانه يعتبر الإيجار لثلاث سنوات من أملاك الإدارة رغم سقوط الشرط الدافع - انظر البلاوي ، وريزر وعامل ١٠ لقرة ١٧٠ - وقانون الأستاذ أحمد عبد المولى وعامل ١٠ لقرة ١٧٧ .

التنفيذ. إن المدين الجديد يشتمل على نص يطبق هذه القاعدة العامة في خصوص "بيع" ، وكانت المادة ٦١١ من هذا المشروع تنص على أنه « في بيع اعتبار ، إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد مادام لم يعذر ، إلا إذا نص العقد على أن الفسخ يقع دون إعذار ، وفي كل حال لا يجوز للقاضي أن يمنح المشتري أى أجل » (١) . وحذفت هذه المادة في لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) .

١٢ - التدرج في الإغفار على الفسخ : وتدرج في العمل الشرط الذى يرد في عقد البيع قاضياً بفسخه إذا يوف المشتري بالتأمن (lex commissoria, pacte comissoire) . فأذن مراتب هذا الشرط هو أن يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم يوف المشتري بالتأمن . وقد يصل الشرط إلى مرتبة أقوى ، فيشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصل الشرط إلى أعلى مرتبة من القوة ، فيشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار ، أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار . فنستعرض هذه المراتب المتفاوتة

(١) وكان هذا النص يقابل في التفتيش المدنى السابق المادة ٢٣٤/١٦ ، وهى تنص على أنه « إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة فى هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط فى العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمى » . ويقابل فى التفتيش المدنى المرافق المادة ٨٢ ، وهى تنص على أنه « إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن فى الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما لم يعذر ، إلا إذا نص فى العقد أن الفسخ يقع دون إعداره . وفى كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشتري أى أجل » . ويقابل فى تفتيش الموجهيات والتشريعات اللبثية المادة ٦٨ ، وهى تنص على أنه « إذا اشترط فسخ البيع لعدم دفع الثمن ، فالمعند يفسخ حكماً بمجرد عدم الدفع من الأجل المضروب » .

(٢) مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٤٧ - من ١٤٩ فى الخامس .

في خصوص عقد البيع (١) ، كما استعرضناها في العقد بوجه عام في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

٤١٣ - الانتفاء على أنه يكونه البيع مفسرهما : ينبغي أن يكون المتبايعان قد أرادا بهذا الشرط أن يرددا في القاطط ضريبة القاعدة التي سبق أن بسطناها فيما يتعلق بالفسخ القضائي . ومن ثم لا يعني هذا الشرط عن إغذار البائع للمشتري ، ولا من الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ البيع ، ويكون هذا الحكم منشأ لا كاشفاً ، ولا يسبب القاضي سلطته التقديرية فيجوز بالرغم من وجود هذا الشرط أن يمنح المشتري أجلاً لدفع الثمن ويرفض طلب الفسخ (٣) . بل إن هذا الشرط لا يمنع المشتري من توقي الحكم بالفسخ . بأن يدفع الثمن قبل أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشتري بأداء باقي الثمن في ميعاد عينه ، فإن لم يزد في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً لقاعدة الفسخ القضائي (٤) .

(١) وترد هذه الشروط في بيع المنقول كما ترد في بيع العقار ، ومن ثم يكون الحكم الصادر في المادة ٩١١ من المرسوم النهائي التي حذفت في لجنة المراجعة ، وكانت مقصورة على بيع العقار ، ينطبق أيضاً على بيع المنقول . وقد خص بيع العقار بالذكر في هذا النص لأن موطنه يرد بشأنه في المالب هذه الامتيازات المتدرجة ، أما بيع المنقول فيتميز بحكم خاص به ورد في المادة ٤٦١ مدى وسائل بيانها . فإذا خرجت عن نطاق هذه الحالة التي عرّضتها المادة ٤٦١ مدى في بيع المنقول ، كان حكم بيع المنقول هو حكم بيع العقار في شأن هذه الامتيازات وتديرهما (بودري وسينيا فقره ٥٥٤) .

(٢) الوسيط جزء أول فقره ٤٨٢ - فقره ٤١٥ .

(٣) استئناف مخطوط ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٢ .

(٤) نقض مدى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر : رقم ٢٥ ص ٥٨ - وقضت أيضاً بأن النص في العقد على أنه في حالة تأخير مداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حراً . يمكنها قبايع المذكور ، فلك ليس إلا ترديداً للشرط الصانع النصي المقرر بحكم القانون في العقود المتأخرة لتجاريين (نقض مدى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩١ ص ٢٧٣) . وقضت كذلك بأنه لا يكون الشرط الصانع مقصوداً أصح ، إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على إيجاب النص . كما أنه لا يمكن حجة أن نصه أو إسناده . أما الشرط الصانع الصانع *par son missoire tacite* فلا يلزم النصي ، بل هو محال .

على أنه قد يذبح من الظروف أن المتبايعين أرادا بهذا الشرط أن يحتمل فسخ البيع ، فيبقى وجوب الإعذار ووجوب الالتجاء إلى القضاء ، ولكن لا يملك "أضى في هذه الحالة إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع وحكمه . إن منشأ لا كاشفاً .

٤١٤ - الانقراض على أنه يكون البيع مفحوصاً من تلفاء نفسه

أو مفحوصاً من تلفاء نفسه دونه حاجة إلى محكم : الشرط على هذا النحو لا يعفى من الإعذار . فإذا لم يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن ، ورفع دعوى الفسخ ، جاز للمشتري أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن في بداية الدعوى دون إبطاء . فإذا أبطأ في ذلك ، اعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار ، وفسر الشرط في الغالب على أنه سلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع إعطاء أجل للمشتري لدفع الثمن ، يتعين عليه الحكم بفسخ البيع (٢) . ولا تعارض بين الإعذار الواجب وطلب الفسخ ، فإن إعذار البائع المشتري أن يدفع الثمن لا يكون نزولاً منه عن المطالبة بفسخ البيع ، بل هو شرط واجب لرفع الدعوى بالفسخ . وقد قضت محكمة

التقديرية . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ . فإذا نص في عقد البيع على أنه إذا ظهر على البين المبيعة دعوى مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد ، فإن البائع يلتزم بتمويض قدره كذا كما يجوز للمشتري أن يفسخ التعاقد بمجرد إنذار البائع ، فهذا الشرط ليس إلا ترديداً لما قرره فقهاء القانون من أن عدم قيام أحد طرفي العقد المتقابل الالتزام بما التزم به يسمح للطرف الآخر بطلبه نسخ العقد ، فهو شرط غشني فاسخ للقاضي أن يدره إذا استبان له من ظروف الدعوى وخصومياتها أنه لا مبرر له . ومنى أثبت القاضي غير محكم الاعتبارات المقبولة التي استند إليها في ذلك ، فلا تثريب عليه (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ - مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ من ١٩٣٦) . أنظر أيضاً : نفس مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ - مجموعة عمر ١ رقم ٨١ من ١٩٣٢ - ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٨ من ١٩٤٤ - أول مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٦ من ١٩٤٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٦ من ١٩٥٤ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٩ من ١٩٥٦ - استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ من ٢٢٧ .

(١) المذكورة الإذاعة لأمانة المشروع التمهيدية في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ من ١٩٤٤ -

من ١٩٥٥ .

النقض بأنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على للقاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداره ، ما لم يعق البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار ، ومنه فهم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بالنذار أى تكليفه بالدفع فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من أعمال خياره فى الفسخ . وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار المرجح إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا أعد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن هذا الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١) .

فالثابت إذن أن هذا الشرط لا يعنى من الإعدار (٢) . وهو أيضاً لا يعنى من رفع الدعوى بالفسخ إذا تازع المشتري فى أعمال الشرط . ولا يمنع وجود هذا الشرط البائع من مطالبة المشتري بتنفيذ البيع ودفع الثمن بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، فإن فسخ البيع لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد البائع ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتفويض .

ولكن إذا اقتصر البائع على اشتراط أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه ، فإن الحكم بالفسخ يكون منشأ لا كاشفاً . أما إذا أضاف إلى هذا الشرط أن يكون الفسخ دون حاجة إلى حكم ، أو اشترط أن يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم ، فإن الحكم بالفسخ يكون كاشفاً لا منشأ .

(١) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦١٨ - بل إن هذا الإعدار لا يعنى أن يكون تحميلاً لتأخير المشتري فى دفع الثمن وإظهاراً لاختيار البائع فسخ البيع دون التنفيذ إذ هو بالخيار بين الأمرين ، ومن ثم ليس من الضروري أن يحدد البائع فى هذا الإعدار أجلاً لوفاء بالثمن ، ولكن من جهة أخرى يستطيع المشتري بمجرد وصول الإنذار إليه أن يبادر إلى دفع الثمن قبل فسخ (بودرى وسبينا فقرة ٥٥٢) . وفى العمل يحدد البائع للمشتري عادة أجلاً قصيراً لدفع الثمن ، ويذكر أنه إذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن فقد أسح البائع مفسوخاً من تلقاء نفسه (بودرى وسبينا فقرة ٥٤٣ ص ٤١٤ - بلايول وريبير وعامل ١٥ فقرة ١٦٤ ص ١٨٨ - ص ١٨٩) .

(٢) استئناف غرناطة ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ ٤٢ ص ١٨٩ .

(٣) (٤٢ - التومبوت ٤١)

ولا يوجد فرق على بين الحالتين ، فمراء كان الحكم منشأً للفسخ أو كاشفاً عنه ، فقد قدمنا أن الفسخ يكون له أثر رجعى ويعتبر البيع كأن لم يكن .

٤١٥ - ارتداد على أنه يكوّن البيع مفسوماً من تلقاء نفسه
 حاجة إلى حكم أنه اهتار ، أو مفسوماً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اهتار : والشرط على هذا النحو قد وصل إلى أعلى مراتب القوة (١) .
 فإذا لم يف المشتري بالثمن فى الميعاد ، اعتبر العقد مفسوخاً دون حاجة إلى إعتذار (٢) . فإذا نازع المشتري فى إعمال الشرط ، لم يجد البائع بداً من رفع دعوى بالفسخ ، ولكن لا يملك المشتري فى هذه الحالة أن يتفادى الحكم بالفسخ بدفع الثمن (٣) ، ولا يملك القاضى أن يمنح المشتري أجلاً لدفع الثمن ، ويكون الحكم الصادر بفسخ البيع كاشفاً عن الفسخ لا منشأً له (٤) .

(١) وليس من الضروري أن يوضع الشرط بصيغة معينة ، بل إن أية صيغة قد مل المعنى تكفى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح ، وعلى ذلك فإذا أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يردع العقد لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن أية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد فسخ مدلول نص العقد ، لأن عبارة تحتل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٥٩ ص ٦٨٨) .

(٢) استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٢٤ - ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٠ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٦ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٤٠ - بل ويجوز طرد المشتري من العين النبعة أو نزاعها عنها بحكم من قاضى الأمور المستعجلة (استئناف وطنى ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٣٠٩ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ الحسامية رقم ١/٢٧٠ ص ٣٢٩ - استئناف مخطوط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٥١ ص ٣٧) .

(٣) استئناف مصر ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠ - ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ الحسامية ٣٠ رقم ١٥٩ ص ١٦٣ .

(٤) المذكورة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصغيرية ٤ ص ١٥٤ - بل يكفى أن يدعى للبائع فى دعوى مرفوعة بتفريخ البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان =

ولكن يجب أن يكون الاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار صريحاً كما يقضى نص المادة ١٥٨ مدني المتقدم الذكر ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد . وتكون للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله (١) .

وبلاحظ هنا أيضاً أن هذا الشرط لا يمنع البائع من المطالبة بتنفيذ البيع دون فسخه (٢) ، وإلا كان نحت رحمة المشتري إن شاء هذا جعل البيع مفسوخاً بامتناعه عن دفع الثمن . ويترتب على ذلك أن البيع لا يبر مفسوخاً إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، إما برفع دعوى الفسخ ، وإما بمجرد إخطار المشتري

= الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمي أو غير رسمي ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير ، ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقر أن الفسخ حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومن وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد ، فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة ص ٤ رقم ٦٠ من ١٥٧) .

(١) وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف الشيك المحول إليه كان العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون إنذار . فامتنع المصرف من صرف الشيك لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقبيل التوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه شيكاً آخر ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن تمتنع ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٤) . وفي قضية ثانية اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن أن يتصك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥١ ص ١١) . وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين في دفع قسط ، وتقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تسلم فجأة بمحتمل في الفسخ عند ما تأخر المدين عن ميعاد دفع قسط ، فإن تسامحه السابق يحل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) . أنظر الوسيط جزء أول ص ١٩ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ .

بأن العقد قد أصبح مفسوخاً (١) ، ولا يقبل من المشتري الفسخ بفسخ البيع إذا كان البائع متمسكاً بالفسخ (٢) .

٤١٦ - حكم خاص ببيع المنقول - نص قانوني : وقد ورد في هذا الصدد نص في بيع المنقول يورد حكماً خاصاً بهذا البيع دون بيع العقار . فنصت المادة ٤٦٦ من القانون المدني على أنه : في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (٣) .

(١) هل أنه إذا كان الوفاء بالثمن في موطن البائع ، وجب له البائع أن يذهب بنفسه أو يوكله إلى مكان الوفاء ليتثبت من أن المشتري لم يذهب إلى هناك لدفع الثمن ، أو وجب إنذار المشتري فيعود إلى الإعدار الذي كان قد أعفى نفسه منه . فلا يبقى إذن إلا أن يشترط البائع أيضاً أن يكون الوفاء في موطنه (بودري وسينيا فقرة ٥٥٣ - بلانيول وبيرر وعامل ١٠ ص ١٩٠ هامش ٣) .

(٢) وهذا ما لم يكن هناك عربون يفقده المشتري إذا انفسخ البيع لتأخره في دفع الثمن . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان المشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما لم ينع سواه بسواه (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٢٢٩) ، فإن هذه القضية دفع المشتري عربوناً للبائع ، فحق له الرجوع في البيع ، وأصبح للعربون حقاً مكتسباً للبائع .

ونرى من ذلك أن هذا الشرط الفاسخ للاتفاق ، وهو في أعلى مراتبه من القوة ، وسط بين الفسخ القضائي والانفساخ القانوني . فهو أعلى من الفسخ القضائي في أن الحكم بالفسخ فيه إذا قامت حادثة صدوره يكون مقررراً لفسخ لا منشأ بحيث لا يجوز للمشتري أن يتفادى الفسخ بدفع الثمن ، وبحيث لا يجوز للقاضي إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن . وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون في أن البيع لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، أما في الانفساخ القانوني فالعقد يفسخ دون نظر إلى إرادة البائع كما إذا علك المبيع في يده قبل التسليم (الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٥ ص ٧٢٠) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٦٢ من المشروع التمهيني بمثل الوجه الآتي ، في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا لم يعقد المشتري تسلم المبيع بعد إقفاء الأجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يعرض للثمن ، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار ، وذلك لصالح البائع ، إلا إذا كان المشتري في الحالة الأخيرة قد اتفق مع البائع =

وبخلص من هذا النص أن في بيع المنقول يوجد اتفاق يكون بمثابة شرط الفاسخ في أعلى مراتبه من القوة، أي بمثابة الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار. وهذا الاتفاق هو الذي يقع بين البائع والمشتري يحدد ميعاداً لدفع الثمن وتسليم الشيء. يفرض القانون في هذه الحالة أن بائع المنقول يريد تسليم المبيع في مقابل قبض الثمن، وقد اتفق مع المشتري على ميعاد لذلك. ولما كانت المنقولات سريعة التداول، ولا تتحمل ماتحمل العقارات من الإبطاء في التعامل وطول الإجراءات ورفع دعاوى الفسخ ونحوها، وبخاصة إذا كانت هذه المنقولات عروضاً للتجارة وسلعاً وبضائع يريد صاحبها أن يسلمها إلى مشتريها في ميعاد محدود بقبض ثمنها، وإلا فهو في حل من بيعها إلى غيره واعتبار البيع الأول مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار، فقد فرض القانون أن اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع ينطوي على هذا الشرط الفاسخ الذي يبرجه يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار إذا جاء ميعاد

== على أجل أطول لوفاء بالثمن. وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد تحرير طفيف تحت رقم ٤٧٤ من المشروع النهائي. وأقره مجلس النواب. ولكن لجنة المراجعة عدلته، واستعاضت عن عبارة «إذا لم يتقدم المشتري الخ» بعبارة «إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع الخ»، وقد راعت اللجنة في ذلك أن تختص مثل النص الوارد في اقتراح السابق وأد تجميل الحكم أوسع، وصارت المادة رقمها ٤٦١. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ و ١٥٥ ص ١٤٧).

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٨٨/٢٣٥ «وهي تنص على ما يأتي: «وفي بيع البضائع الأمتعة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع، يكون البيع مفسوخاً حتماً إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج لفتية». (والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٩٩، (مطابقة المادة ٦٦١ مصري).

التقنين المدني الليبي م ٤٤٠ (مطابقة المادة ٤٦١ مصري).

التقنين المدني العراقي: لا مقابل - فلا يبرى الحكم لأن النص استثنائي.

التقنين الأردني: لا مقابل - فلا يبرى الحكم لأن النص استثنائي.

تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن (١) . وهذا الفرض قابل للإثبات العكس ، فقد يذكر في البيع ما ينقض ذلك ، كأن يتفق مثلاً على ألا يفسخ البيع إلا بعد إعدار أو أنه يجوز مد الأجل لدفع الثمن أو نحو ذلك . فإذا لم يعم اتفاق صريح أو ضمني مخالف ، وحل الميعاد المحدد لتسلم المبيع وقبض الثمن ، رغم تقدم المشتري لدفع الثمن ، اعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم إعدار (٢) ، وكان البائع في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، أو له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى أو يفعل فيه ما يشاء (٣) . حتى أن انقضاء البيع على هذا الوجه لا يكون إلا باختيار البائع ، فله ألا يعتبر البيع مفسوخاً ، وأن يطالب المشتري بتنفيذه بالرغم من تأخر هذا عن دفع الثمن ، وإلا لاستطاع المشتري أن يفسخ البيع إذا شاء بأن يتأخر عن دفع الثمن (٤) .

(١) أما النص المقابل في التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٥٧) فيجعل التمسك جزاء على عدم تقدم المشتري لتسلم المبيع ، أي جزاء على التزام المشتري بتسلم المبيع لا التزامه بدفع الثمن (بودرى وسبينا فقرة ٥٩٤ - فقرة ٦٠٣) . وقد كان المشروع التمسك بالتقنين المصري الجديد يجعل الجزاء على كل من الالتزامين : الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسلم المبيع (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٢ - ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٠ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣١ . وهذا بشرط أن يكون البائع مستعداً لتسليم المبيع ، فإذا كان التسليم في موطن المشتري مثلاً ، وجب لإعمال المادة ٤٦١ مدني أن ينقل البائع المبيع إلى موطن المشتري حتى يظهر استعداد له لتسليمه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠٩ - الأستاذ منصور مسقط منصور ص ٢٣١) . وإذا ثبت أن البائع هو الذي تأخر في تسليم المبيع ، فالمشتري طلب فسخ البيع ، ولكن بعد إعدار وحكم بالفسخ يكون لقاضي فيه سلطة تقديرية وفقاً لمقارء العامة (استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٢/١٧ ص ٦٥ - استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

(٣) ولبيان فوق ذلك أن يطالب المشتري بتسليم : بنى سويف ٢٨ مايو سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٢/٤٢٢ ص ٤١٨ - أسبوط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ - الاسكندرية ٥ مايو سنة ١٩٣٠ الهامة الرسمية ٣١ رقم ٩٠ ص ٢٣٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - وإذا اختار البائع الفسخ أو التنفيذ ، وأقر المشتري على ما اختاره ، لم يمد يستطيع الرجوع فيما اختار (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٤٩ ص ١٧٧) .

ويلاحظ أن الحكم المتروك الذكر لا يسرى إلا في هذه الصورة الخاصة من بيع المتقول للاعتبارات التي تقدم ذكرها . فلا بد أن يكون المبيع متقولاً سلعاً أو بضاعة أو أسهماً أو سندات أو نحو ذلك (١) . وأن يكرن المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ودفع الثمن . فلا يسرى هذا الحكم في بيع عقار . كذلك لا يسرى في بيع المتقول إذا كان البيع غير مؤجل ، كما إذا كان المتبايعان لم يتفقا على ميعاد لدفع الثمن ونسلم المبيع فصار الثمن واجب الدفع في الحال والمبيع واجب التسلم فوراً (٢) . ولا يسرى في بيع المتقول إذا حدد ميعاد لدفع الثمن غير الميعاد الذي حدد لتسليم المبيع ، أو حدد ميعاد لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع فيكون التسلم واجباً في الحال ودفع الثمن واجباً في الميعاد المحدد . أما إذا حدد ميعاد لتسليم المبيع دون أن يحدد ميعاد لدفع الثمن ، فقد رأينا (٣) أن الثمن يكون واجب الدفع في ميعاد تسليم المبيع فيسرى الحكم الوارد في المادة ٤٦١ مدني (٤) .

وفي جميع الصور التي لا يسرى فيها هذا الحكم ، وهي الصور التي قدمنا بيانها ، تسرى القواعد العامة التي سبق أن قررناها . فلا يكون فسخ البيع فيها لعدم الوفاء بالثمن إلا فسخاً قضائياً بحسب نصوص هذا الفسخ التي سبق ذكرها ، أو فسخاً اتفاقياً إذا وجد شرط فاسخ صريح بالتدرج الذي بسطناه فيما تقدم .

(١) ولكن لا يجوز أن يكون متقولاً معنوياً لمجموع من المال أو متجراً (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩) .

(٢) استثنائات وعلى ٢٩ مايو سنة ١٩٢١ المادة ٢ رقم ١٧ ص ٤٢ - استثنائات منسطة ١٤ يناير سنة ١٩٤٢ م ٤٤ ص ٤٣ .

(٣) انظر آتياً فقرة ٣٩٦ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض في عهد الشقطين المدني السابق بأن المادة ٣٣١ مدني (١٩١) مدني بطلت . بناءً على استثناء من القاعدة العامة الفاسخية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبية الرسمي ، فلا يصح تطبيقها إلا في حدود نصها ، أي في حالة تجديد أجل ليدفع المشتري الثمن ويتسلم المبيع . أما إذا كان الأجل محدوداً ليعمل البائع على التحصيل وتسلمه المشتري ، ففي هذه الصورة لا يفتي الكتاب من واجب التنبية رسمياً على المشتري بالتسليم والوفاء (نفس مدني ١٢ يناير سنة ١٩٤٤ م رقم ٤٩ ص ٢٤٧) .

٤١٧- الالتزام الذي ترتب على الفسخ الاتفاقى - اهـ : وترتب على الفسخ الاتفاق نفس الآثار التي ترتب على الفسخ القضائى ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (١) .

فإذا فسخ البيع بحكم الاتفاق ، فى أبة صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلاً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ، وإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠ مدنى) . وينحل البيع بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك على التفصيل الذى تقدم بيانه .

المبحث الثانى

تحمل مصروفات البيع

٤١٨- النصصرحى الفانونية : تنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« نفقات عقد البيع ورسوم « الدفعة » والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » (٢) .
وبإبل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٤٣/٢٠٩ (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٤٧٦ فى المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٢ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ - ص ١٤٨ - ص ١٤٩) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٢٠٩/٢٤٣ : رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشتري .
وانظر أيضاً م ٣٢٦/٢٨٤ .
(وأيضاً أحكام « دفعة » فى التقنينين الجديد والسابق) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠ ، -
وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٣ - ٥٨٥
وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٣ (١).

ومصروفات البيع يقوم المشتري عادة بها ، فلا يرجع على البائع بشيء منها
لأنه هو الذي يتحملها كما يقول النص ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف يحمل
البائع بتحمل بعض هذه المصروفات أو كلها ، أو ما لم يوجد عرف مخالف
كما هي الحال في السمسرة فقد جرى العرف أن يشترك فيها البائع والمشتري
مناصفة (٢).

وقد يقوم البائع في بعض الأحيان بمصروفات البيع أو بعضها ، فما لم يوجد

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٥٠ (مطابقة لمادة ١٦٢
مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٢ - فقرة ٢٤٣).
التقنين المدني الليبي م ٤١ (مطابقة لمادة ١٦٢ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٨٣ : نفقات عقد البيع ورصوم التسجيل وغيرهما من الرسوم
وأجرة كتابة السندات والصكوك وغيرها من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على
المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك .

م ٨٤ : الأشياء المبيعة جزأاً مؤونتها ومصروفاتها على المشتري ، فلو بيعت ثمرة كرم
بجزأاً ، كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزءها على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق يقتضي بغير ذلك .
م ٨٥ : ما يباع محمولاً تكون أجرة نقله وإيصاله إل بيت المشتري بادية على سب
الاتفاق والعرف .

(رأ أحكام التقنين العراقي مع أحكام التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي
الأستاذ من القانون الفقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٣٠ - الأستاذ عباسي حسن أحكام الفقرة ٧٤ -
فقرة ٧٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١ : إن خصايف أحد البيع واستلام (كالتحريم
والعقل والحدس) من البائع لإتمام البيع وقطع والتسجيل ولتأدية المالكات التي يملكها كاتب العدل
والطابع ما يلزم لهلك البائع ، كل ذلك يتدفعه المشتري ، ما لم يكن نص أو عرف مخالف .
وتشتمل على الخصايف الاستلام ورصوم الرمي (التراخيص) والتأديلة والتأجير التي تؤخذ في أثناء
إتمام البيع بعهده وسواء .

(أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) المذكرة التي سار بها مشروع التقنين في مسطرة الأستاذ الدكتور عبد الحليم

اتفاق أو عرف مختلف يكون له الرجوع بما أنفقه على المشتري لأنه هو الذى يتحمل مصروفات البيع (١) كما سبق القول . فليستعرض إذن حالة ما يقوم المشتري بالمصروفات ، ثم حالة ما يقوم البائع بها أو ببعضها ويرجع على المشتري بما أنفقه (٢).

٤١٩ - المشتري قام بمصروفات البيع : وتشتمل هذه المصروفات

عادة على نفقات كتابة عقد البيع ، سواء كتب فى ورقة عرفية حيث يتحمل المشتري رسوم : الدفعة ، إن كانت هناك رسوم ، أو فى ورقة رسمية حيث يتحمل المشتري رسوم الورقة الرسمية . ويدخل فى المصروفات أيضاً أتعاب المحامى الذى قام باعداد عقد البيع وتسجيله . وتدخل أيضاً مصروفات الكشف عن العقار المباع فى جهات الشهر للتثبت مما عليه من الحقوق للغير . وتدخل المصروفات اللازمة لإعداد عقد البيع للتسجيل وما يقضيه ذلك من نفقات ورسوم التصديق على التوقيعات ويدخل فى ذلك توقيع البائع نفسه (٣). وتدخل رسوم التسجيل ذاتها وهى عادة رسوم مرتفعة ، وقد كانت ٣٥٪ من الثمن ثم

(١) وهذا من الناحية القانونية . أما من الناحية الاقتصادية فالواقع من الأمر أن البائع هو الذى يتحمل مصروفات البيع فى النهاية ، إذ أن المشتري يدخل هذه المصروفات فى اعتباره عند تقديره ثمن المبيع ، ويدخل فى الثمن هذه المصروفات . وقد كان المشتري يزهد الثمن بمقدار هذه المصروفات لو لم يكن هو الذى يتحملها قانوناً ، فيكون البائع هو الذى فاته هذه الزيادة ، وهو إذن يتحمل المصروفات على هذا الوجه (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩) .

(٢) أما علاقة كل من البائع والمشتري بالغير فيما يتعلق بمصروفات العقد فتحددها الرابطة القانونية بينهما ، فأتعاب المحامى مثلاً يرجع بها على كل من البائع والمشتري إذا وكلاه معاً وفقاً للمادة ٧١٢ من القانون التى تجعل الموكنين المتعدين مسئولين بالتضامن نحو الوكيل (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١١) وإذا رجع المحامى على البائع بكل أتعابه رجع البائع بها كلها على المشتري ، أما إذا رجع المحامى على المشتري لم يرجع هذا بشئ على البائع (الأستاذ محمد على إمام سورة ٢٥٠ ص ٤٢٥) .

(٣) أنظر فى حساب مصروفات التصديق على التوقيعات ضمن مصروفات البيع الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٤٢٩ ص ٤٢٨ وهامش رقم ٤ ، وفى أن مصروفات إثبات البائع للملكية للمبيع كمصروفات إعلام الورثة تكون عليه لا على المشتري المصدر السابق ص ٤٢٩ هامش رقم ٢ . وإذا كان البائع فى مكان بعيد وتكلف نفقات فى الحضور لتوقيع والتصديق على التوقيع ، فإنه كتفقات يتحملها هو ، لأنه يلزم بالقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل وتضمن القواعد العامة بأن نفقات تنفيذ الالتزام على الالتزام .

ارتفعت إلى ٥ ٪. ثم ارتفعت أخيراً إلى ٧ ٪ (١). وإذا نقل العقار المبيع امتياز
البائع لتأخير دفع الثمن كله أو بعضه ، فإن مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك
مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل في مصروفات البيع التي يتحملها
المشتري . لكن إذا كان على المبيع رهن أو حق عيني آخر ترتب من جهة البائع ،
فإن مصروفات شطب القيد الشهرة هذه الحقوق العينية تكون على البائع لأجل
المشتري إلا إذا وجد اتفاق خلاف ذلك . أما السمسرة فقد قدمنا أن العرف
قد جرى على أن تكون مناصفة فيما بين البائع والمشتري ، وقد جرى العرف
أيضاً على أن يأخذ السمسار ١/٢ ٪ من الثمن من كل من البائع والمشتري
إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فكل من المتبايعين يدفع نصيبه من
السمسرة مباشرة إلى السمسار (٢) .

كل ما قدمناه وغيره من مصروفات البيع يتحملة المشتري ، وهو الذي
يقوم به عادة كما سبق القول ، فلا يرجع بشيء منه على البائع ، إلا إذا وجد
اتفاق أو عرف مخالف (٣) .

(١) وإذا علم المشتري أن العقار الذي باعه إياه الوارث لا يزال مكنفياً باسم المورث ،
فعل المشتري دفع رسم الأيلولة لنقل الكيف من المورث إلى الوارث ، لأن علم المشتري بعدم
دفع الوارث لرسم الأيلولة وعدم اشتراط شيئاً في خصامه ذلك يفيد رضاه القسري بتحملها
(استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨٠ ص ٢٢٥ - ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١
ص ١١٨) . ولكن الأصل هو أن رسم الأيلولة يتحملة الورثة البائعون لا المشتري ، فإذا دفعه
المشتري مضطراً رجع به على الوارث (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٤ -
١٨ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٥٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧ - ١٠ يونيو ١٩٣٠ م ٤٢
ص ٥٤٧ .

(٣) وإذا وجد اتفاق يحمل البائع مصروفات البيع ، قيل في هذه الحالة إن المشتري قد اشترى
وعقده في يده (contrat en main) ، أي أنه يحصل على حصة دون أن يدفع شيئاً غير الثمن
(بودري وسيشيا فترة ١٩١١) .

وإذا أحمه المشتري على نفسه دفع الضريبة المتأخرة على البيع ، ويجب عليه دفعها ولو صار
فأفوز زاد الضريبة عن كانت عليه من قبل (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨
ص ٣٠٨) . وإذا تمهد المشتري بدفع الضريبة المتأخرة وديون البائع حكومة ، ثم نزلت
الحكومة للبائع عن هذه الضريبة والديون ، ويجب على المشتري دفعها كبائع لأنها تعتبر جزءاً من
الثمن (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٩ ص ٢٠٢) .

أما مصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره فتكون على البائع لأعلى المشتري (١)، لأن الرهن الذي يطهره المشتري آت من جهة البائع، وهذا ما لم يوجد اتفاق مخالف. وكذلك يتحمل البائع أية مصروفات للبيع يكون هو الذي تسبب فيها خطأ، كما إذا أعطى المشتري بيانات خاطئة عن المبيع كان من شأنها أن زادت مصروفات البيع دون مبرر، وكما إذا فسخ بخطأه البائع فقد تجعل مصروفات البيع على عاتق البائع على سبيل التعويض (٢).

٤٢٠ — البائع قائم بمصروفات البيع أو ببعضها : وقد يقع كما قدمنا أن يقوم البائع بمصروفات البيع أو ببعضها. مثل ذلك أن يقوم بكتابة عقد البيع فيدفع «الدمغة» ونحوها أو رسوم الورقة الرسمية. ومثل ذلك أيضاً أن يدفع أتعاب الخزان أو كل السمسرة أو مصروفات قيد امتياز على العقار المبيع أو نحو ذلك. فمن هذه الحالات يرجع البائع على المشتري بما دفعه من هذه المصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف.

وللبائع، في رجوعه على المشتري بما دفعه من مصروفات البيع، كل الضمانات التي له في الرجوع عليه بالثمن. فيستطيع أن يحبس المبيع، وأن يطلب فسخ البيع، إذا لم يسترد هذه المصروفات من المشتري. وله حق امتياز على المبيع يكفل له استرداد هذه المصروفات. والظاهر أيضاً أنه يرجع على المشتري بالفوائد القانونية لما دفعه من مصروفات البيع من وقت دفعها، على أساس أنه وكيل عن المشتري في دفع هذه المصروفات، والوكيل يرجع على الموكل بما أنفقه مع الفوائد من وقت الاتفاق (م ٧١٠ مدني) (١).

(١) جيوار ١ - فقرة ١٩٧ - أوبري ورو - فقرة ٣٥٣ عامش ٢ - بودري وسينيا
فقرة ١٩٠ - بلايول وريبير وعامل ١٠ - فقرة ٢٢ - كولان وكابيتان ٢ - فقرة ٩٣٩
من ١٩٢٤.

(١) بودري وسينيا فقرة ١٩٣ - بلايول وريبير وعامل ١٠ - فقرة ٢٣.
(٢) بلايول - وريبير وعامل ١٠ - فقرة ١٩ - رابو - انتيجو الرابم تقديراً في دفع مصروفات
البيع، إلا أنه لا يمكن في الفوائد القانونية عنها من يوم انقضاء المدة ١٩٠٤ من ١٩٠٤.

المبحث الثالث

تسليم المبيع

٤٢١ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا لم يبين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » .

وتنص المادة ٤٦٤ على ما يأتي :

« نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » (١).

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٦١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :
١٥ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ، ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلم المبيع دون إبطاء ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ويتسلم في المكان الذي يجب أن يسلم فيه البائع . وفي لجنة المراجعة اكتفى بالفقرة الثانية لأنها تفيد المعنى المطلوب كاملاً ، وحورت تحريراً لفظياً فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٦٠ - ص ١٦١) .

م ٤٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٦١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :
١٥ - نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عقد أو اتفاق يقضي بغير ذلك .
٢ - وكذلك الحال في نفقات النقل إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذي ينفذ فيه العقد .
ويمنع البائع قد رضى أن يتحمل نفقات النقل إذا اشترط المشتري التسليم خالص الأجر .
وإذا اتفق على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الخدمية ، اعتبر البائع =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٥٦/٢٨٤ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤٣١ - ٤٣٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٢ - ٤٥٣ - وفي
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٨٦ - ٥٨٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود
الليبي المادة ٤٧٢ (٢).

== راضياً أن يتحمل الرسوم التي تجبى في نقل البضاعة ، وقت الخروج ، وأثناء العبور وعند
الوصول ، ولكنه لا يتحمل رسوم الاستهلاك التي تجبى عند تسليم المبيع . وفي لجنة المراجعة
حذفت الفقرة الثانية لأن مكانها القانون التجاري ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين
المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس
الشيوخ تحت رقم ٤٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٦٢ - ص ١٦٣) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٥٦/٢٨٤ : ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون
على المشتري ، وكذلك رسوم عقد البيع ، وهذا إن لم يقض العرف التجاري بخلاف ذلك
في جميع الأحوال .
(والأحكام متفقة في التقنينين السابق والجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣١ - ٤٣٢ ، (مطابقتان
للمادتين ٤٦٣ - ٤٧٤ مصري - وانظر القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
فقرة ٢٤٠ - فقرة ٢٤١ وفقرة ٢٤٤ .

التقنين المدني الليبي م ١٥٢ - ١٥٣ (مطابقتان للمادتين ٤٦٣ - ٤٦٤ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٨٦ : ١ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين
في العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق
أو العرف زماناً أو مكاناً لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يجب أن
يسلمه فيه البائع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

م ٥٨٧ : نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك .
(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي
الأستاذ حسن الدين فقرة ٣٤١ - فقرة ٣٣٢ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٧٨ -
فقرة ٥٨٦) .

تقنين الموجبات والعقود الليبي م ٤٧٢ : يجب على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان
والزمان المعينين في العقد . وإذا لم يكن هناك نص بخلاف ، وجب عليه أن يتسلم المبيع
بلا إبطاء ، مع مراعاة المهلة اللازمة للاستلام . وإذا لم يحضر لاستلام المبيع ، أمر حضر بدون
أن يعرض دفع الثمن في المرة نفسها ، وكان البيع نقداً ، منطبقاً للقواعد المنظمة بتأخير الدين .
وإذا كان عن التراجيع ، تسلم الأشياء المباعة دفعت عن اليد ، والخطاب عن استلام التهمة الأولى =

ونبحث في تسليم البئ : (١) كيف يكون التسلم . (٢) زمان التسلم ومكانه .
(٣) نفقات التسلم . (٤) الجزاء على الإخلال بالتزام التسلم .

٢٢ - كيف يكون تسليم المشتري للبئ : التسلم في أغلب صورء هو العملية المتبعة للتسليم . فقد بينا (١) أن البائع يلتزم بتسليم البئع ، وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشتري بحيث يكون هذا متممًا من حيازته حيازة يستطيع معها أن يفتنع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك . وفي أكثر الأحوال يقع هذا بأن يقبض المشتري فعلا البئع من البائع على هذا النحو ، فيسلم البائع البئع إلى المشتري ويتسلمه المشتري من البائع ، ويتم التسليم والتسلم في وقت واحد . ولكن يحدث أن البائع يضع البئع تحت المشتري ، ويكون المشتري متمكناً من الاستيلاء عليه ، ولكنه لا يستولى عليه فعلا ، فيكون البائع قد قام بالتزامه متى تسليم البئع ، ولم يتم المشتري بالتزامه من تسلمه ، ولا يعتبر المشتري حائزاً للبئع (٢) .

فيلتزم المشتري إذن بأن يتسلم البئع ، وذلك بالاستيلاء عليه فعلا . وتظهر الأهمية العملية لوجوب تنفيذ المشتري بتسلم البئع في حالة ما إذا كان التسلم واجباً في موطن البائع أو في موطن آخر غير موطن المشتري وكان البئع منقولاً . ففي هذه الحالة إذا لم يتقدم المشتري في الميعاد المحدد للتسلم إلى موطن البائع أو إلى المكان الذي يجب فيه تسليم البئع ليدسلمه ولينقله من مكانه (-) إلى المكان الذي يريد أن يضعه فيه ، فيخلى بذلك المكان الذي كان شاغلاً له عند البائع . كان المشتري مخلاً بالتزامه بتسلم البئع ، وجاز للبائع وفقاً للقواعد العامة إعذاره وإلزامه بالتسلم أو طلب الفسخ على النحو الذي سنبينه .

= ينتج المفاعيل التي ينتجها عدم امتثال المبرع - ذلك كله ما لم يكن اتفاق محال بين الفريقين .

أنظر أيضاً المادة ٤١٣ وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ١٨ في الحاشية

(وأحكام التفنين البئاني تنفق مع أحكام التفنين المعري) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الحاشية .

(٣) بئان ١١ وفترة ٢٧٤ .

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التي تنفق مع طبيعة المبيع . فتسلم العقار يكون بمجازته بعد أن يخله البائع على ما قدمنا . وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بمجازته إذا كان المنقول في مكان لا ينقل منه . وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بإبداء البائع إياها لحساب المشتري في مصرف . وقد يتسلم المشتري المنقول بتسلم مفاتيح المنزل أو الخزن أو الصندوق أو أى مكان آخر يحوى على هذا المنقول ، أو بتحويل البائع له سند الإبداء أو التخزين . إذا كان المنقول مودعاً أو مخزوناً في جهة ما أو بتسليمه هذا السند إذا كان لحامله . وإذا كان المبيع حقاً مجرداً كحق المرور أو حق شخصي ، فقد يتم التسليم بأخذ المشتري السند الحق أو باستعماله الحق فعلاً . والتسليم الحسكى من جانب البائع يتضمن تسليماً حكياً من جانب المشتري ، فالمشتري الذى يشتري شيئاً كان في حيازته قبل البيع ويستقبه في حيازته كمشترى يكون قد سلم المبيع تسليماً حكياً ، وترك المشتري المبيع للبائع يموله بسبب آخر كإيجار أو رهن أو ودعة بعد تسليماً حكياً من المشتري للمبيع ، وإذا أجز المشتري المبيع ، وقبضه استأجر من البائع رأساً كان هذا تسليماً حكياً للمبيع من المشتري . وقد سبق أن بسطنا القول في كل من هذا الكلام في طريقة تسليم المبيع (١) .

٤٣٣ -- نعلم تسليم المبيع ومكانه : زمان تسليم المبيع ومكانه يكونان عادة هما زمان تسليم المبيع ومكانه . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري في زمان معين وفي مكان معين سبق بيانهما (٢) ، ويكون المشتري عادة ملتزماً بتسلم المبيع من البائع في نفس الزمان والمكان ، إذ يطلب كما قدمنا أن التسليم يعقبه التسليم دون إبطاء إلا ما يقتضيه التسليم من زمن . فعندما يسلم البائع المبيع للمشتري ، يتسلمه المشتري فوراً في نفس الزمان وفي نفس المكان .

على أنه قد يترأى تسليم المبيع من المشتري عن تسليمه من البائع . وذلك بأن يحدد الاتفاق أو العرف زماناً للتسليم إلى الزمان الذى يتم فيه التسليم ، كأن

(١) أنظر أيضاً الفقرة ٣٠٨ .

(٢) أنظر أيضاً الفقرة ١٠٨ - الفقرة ١١١ .

بكون المبيع ، فغزلاً ودعاً في مكان معين لينتق المتبايعان على أن يضع البائع تحت تصرف المشتري مفاتيح هذا المكان بإبداعها في جهة معينة يستطيع المشتري أن يأخذها منها في أى وقت شاء ، على ألا يتأخر عن تسليم المفاتيح أكثر من ثلاثة أيام من وقت إبداعها . أما أن يكون التسليم غير مكان التسليم فهذا مما لا يتصور فحيث يتم التسليم يقع التسليم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : وكما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشتري يلتزم بتسلمه . وزمان التسليم ومكانه يحددان عقد البيع ، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسليم دون إبطاء بمجرد التماس من البائع ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ووجب أن يكون في مكان التسليم (١) .

٤٣١ - نفقات تسلم المشتري للمبيع : قدمنا أن نفقات تسليم المبيع

تكون عادة على البائع ، فيتحمل هذا مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم ونفقات الرزن والمقاس والسجل والعد إذا كان المبيع يفرز باحدى هذه الطرق ، ومصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة أو المكان الذى يوجد فيه المبيع إلى المشتري ، والرسوم الجمركية المستحقة على البضائع المبيعة التى يستوردها البائع ، وغير ذلك من المصروفات مما سبق بيانه (٢) . أما نفقات تسليم المبيع فتكون على المشتري لا على البائع ، وقد نص على هذا الحكم صراحة كما رأينا في المادة ٤٦٤ مدنى ، وهى ليست إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن والتى تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، (م ٣٤٨ مدنى) ، والالتزام بالتسليم المدين فيه هو المشتري ومن ثم تكون نفقاته عليه ، كما أن الالتزام بالتسليم المدين فيه هو البائع فكان هو الذى يتحمل النفقات .

ومن ، مصروفات تسليم المبيع مصروفات نقله من مكان التسليم والتسليم إلى المكان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٦٢ .

(٢) أخر آنفاً فقرة ٣١٢ .

الذى يربط المشتري ، فكما أن البائع يتحمل مصروفات نقل المبيع إلى مكان التسليم والتسلم يتحمل المشتري نفقات نقله من هذا المكان . وإذا كان المبيع ثمراً على الشجر - كشجر المانجو والمواخ والموز ونحوها - ويبيع على هذه الحالة ، مصروفات قطعه من الشجر تكون على المشتري لا على البائع ، وكذلك الحال في كل محصول بيع في الأرض قائماً لا مقطوعاً . وإذا كان المبيع مما يجب تصديره وكان تسليمه عند الشحن في مكان التصدير ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى أن يفرغ في محطة الوصول تكون على المشتري لأنها مصروفات أنفقت لتسلم المبيع . أما إذا كان تسليم المبيع عند التفريغ في محطة الوصول ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى هذا المكان تكون مصروفات أنفقت لتسلم المبيع لا لتسلمه ، فتكون على البائع لا على المشتري . وكذلك الحال في الرسوم التي تجبى على المبيع وقت خروجه من محطة التصدير ورسوم « الترانزيت » أثناء العبور وللرسوم التي تجبى عند وصول البضاعة إلى محطة التفريغ ، كل هذه الرسوم يتحملها المشتري إذا كان مكان التسليم هو محطة الشحن ، ويتحملها البائع إذا كان مكان التسليم هو محطة التصدير .

وهذا كله مالم يقض الاتفاق أو العرف بغيره ، فعند ذلك يسرى الاتفاق أو العرف . فقد يقضى العرف التجاري بأن مصروفات التفريغ تكون على المشتري ، يتحملها ولو كان التسليم في مكان التفريغ . وقد يفتق المتبايعان على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، وعند ذلك يتحمل البائع الرسوم التي تجبى في نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسليم في مكان الشحن . ولكنه لا يتحمل الرسوم التي تجبى على استهلاك المبيع في هذه الحالة ، بل الذى يتحملها هو المشتري لأنه هو الذى يستهلكها ، وذلك مالم يكن هناك اتفاق على غير (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« أما ما يقتضيه التسليم من نفقات - في النقل والشحن وغير ذلك - فهو

(١) أنظر الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى ، رعى الفقرة التى حلفت في لجنة المراجعة ، أنفاً فقرة ٢١ في الماشر .

على المشتري ، عالم بوعده اتفاق أو عرف بنفسه بغير ذلك . ونفقات النقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسليم (إقرأ المكان الذي يريده المشتري فإن مكان التسليم هو نفس مكان التسليم كما سبق القول) إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري . وإذا كان المشتري في مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر . وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه . بل قد يشترط المشتري أن يكون التسليم خالصاً ، لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تنجي وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها في الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشتري . أما رسوم الاستهلاك التي قد تنجي عند تسليم المبيع ، فهي على المشتري . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها (١) .

٢٥ — الجزاء على افعال المشتري بالتزام تسليم المبيع : فإذا أحل

المشتري بالتزامه من تسليم المبيع ، بأن كان مكان التسليم في موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه ، أو كان في جهة أخرى ولم يذهب إليها للتسلم ، أو كان في موطنه هو فأتى له البائع بالمبيع فرفض تسليمه ، أو تخلف المشتري عن تسليم المبيع في الميعاد المحدد للتسلم ، جاز للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري جبراً عليه . وقد يتم ذلك عن طريق إيداع المبيع على ذمة المشتري بمصروفات يتحملها المشتري ، أو يتم عن طريق الحكم على المشتري بغرامة تهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسليم ، أو يتم بطريق آخر من الطرق المقررة للتنفيذ العيني (٢) . ويسبق ذلك كله إعداز البائع للمشتري أن ينفذ التزامه بتسليم المبيع . كذلك يجوز للبائع ، بعد إعداز المشتري ، أن يطلب فسخ البيع . ويبقى

(١) بمرعة الأموال التوضيحية ٤ ص ١٦٢ -- ص ١٦٣ .

(٢) وقد يكون للبائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، أي بوضع تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه ، ولا يطلب المشتري بعد ذلك تسليمه . فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتسليم ، ومن ثم يحق له المطالبة للمشتري بالتأمين ، سواء تسلم المشتري الجبر أو لم يتسلمه .

للمفاضى سلطته التقديرية . فاذا رأى مبرراً للفسخ قضى به ، وإلا أعطى المشتري مهلة لتسلم المبيع ، وفقاً للقواعد المقررة فى الفسخ القضائى . وقد بوضع فى البيع شرط فاسخ اتفاقى ، فيتبع فى شأنه جميع القواعد التى سبق ذكرها فى شأن الفسخ الاتفاقى عند عدم دفع الثمن (١) .

وسواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ ، فله فى الحالتين أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع ، وذلك كأجرة المكان الذى بقى مشغولاً بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه (٢) .

(١) وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متوالية ، فالتخلف عن تسليم الدفعة الأولى يكون بمثابة التخلف عن تسليم كل المبيع (أنظر م ١٧٢ لبنانى آنفاً فقرة ٢١ ، فى الهامش) ، ولكن التخلف عن تسليم الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى (أوربى ورو . فقرة ٢٥٦ م ٩٩ - أوربى وصيتيا فقرة ٥٩٩) .

وإذا أعذر المشتري البائع بمطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسليم ، وجب على البائع ، حتى يحتاج على المشتري بعدم تسلمه المبيع ، أن يعذر . هو أيضاً بالتسلم حتى يثبت عليه التأخر فى تنفيذ هذا الالتزام (استئناف مخاطر ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ م ٢٥٧) .

ومن اشترى شيئاً ليعاد ملزوم بتسليمه من القربة التى يوجد فيها ، وليس له أن يبقيه لهائمه عنه بقدر حاجته لتسليم أرضه ، وللبائع إجباره على التسليم أو وضع الطين فى مكان معين على دمة المشتري (استئناف مخاطر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ م ٥٣) .

(٢) أنظر فى كل ذلك بودرى وصيتيا فقرة ٥٩٤ - بلانيرل وريبير ومامل ١٠ فقرة ١٤٤ .

الْبَيْتُ الثَّانِي

عقد المقايضة

نظرة عامة

في عقد المقايضة

٤٢٦ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٨٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وتنص المادة ٤٨٣ على ما يأتي :

« إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تدبير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معديلاً (١) » .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٥٦ - ٣٥٧ من التقنين المدني الوطني (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٣ من المشروع التهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة « على سبيل التبادل » فقد أضيفت في لجنة المراجعة بعد أن أقرت النص تحت رقم ٥٠٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٢ (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٢٢٣) .

م ٤٨٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٤ من المشروع التهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤١٠ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٣ (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٢٣٤ - ص ٢٣٥) .

(٢) **التقنين المدني الوطني السابق م ٣٥٦ :** المارضة مفقده يلتزم كل من المتعاقدين المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئاً بدل ما أخذه منه .

م ٣٥٧ : تحصل المارضة بمجرده ونسأ المتعاقدين بها بالكمهية المترتبة لمبيع .

متأين في التفتيات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري
المادتين ٤٥٠ - ٤٥١ - وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٤٧١ - ٤٧٢ -
وفي التفتين المدني العراقي المادة ٥٩٩ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٤٩٩ - ٥٠١ (١) .

٤٧٧ - تمييز عقد المقايضة عن البيع : ويظهر من النصوص المتقدم
ذكرها أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع في أن عقد البيع مبادلة شيء بمبلغ
من النقود وهو الثمن ، أما عقد المقايضة فهو مبادلة شيء بشيء لا يكون أيهما
مبلغاً من النقود . ففي البيع يوجد مبيع وثمن ، أما في المقايضة فلا يوجد ثمن

= وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بشأن المقايضة في التفتين المدني السابق :
« م يرد في عقد المقايضة في التفتين المختلط . أما التفتين الأمل فقد أورد في شأنه خمسة
نصوص (م ٣٥٦ - ٣٦٠) اقتصر على تطبيق القواعد العامة ، فيما عدا نصوصاً واحداً
(م ٣٥٩) شذ عن هذه القواعد شذوذاً لا مبرر له . وقد أصلح المشروع هذا العيب ، وأورد
سوراً تعرض لميزات خاصة في عقد المقايضة : ثم نص بوجه عام على وجوب تطبيق أحكام
البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٣٢ .
وانظر أيضاً ص ٢٣٨) .

(١) التفتيات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٥٠ - ٤٥١ (مطابقان
لمادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
فقرات ٣١٠ - ٣١٥) .

التفتين المدني الليبي م ٤٧١ - ٤٧٢ (مطابقان لمادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصري) .
التفتين المدني العراقي م ٥٩٩ (مطابقة للمادة ٨٣ مصري - وانظر في القانون المدني
العراقي الأستاذ حسن الذنون لفقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف
فقرة ٦٢٦ - فقرة ٦٤١) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٩٩ : المقايضة عقد يلتزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدي
شيئاً للحصول على شيء آخر .

م ٥٠٠ : تم المقايضة بمجرد رضا الفريقين . أما إذا كان موضوع المقايضة عقارات
أو حقوقاً عينية على عقارات ، فنطبق أحكام المادة ٣٩٣ وأحكام القوانين المقارئة المعمول بها .
م ٥٠١ : إذا عقدت المقايضة على أشياء تتفاوت قيمتها ، فملتزمه قد يدين أن يؤدي الفرق
من النقود أو من أشياء أخرى .
(وأحكام التفتين اللبناني تنفق مع أحكام التفتين المصري) .

ولكن يوجد مبيع وصبيع إذ الشئان المتقابلان فيهما يكون كل منهما في حيز المبيع (١).

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر ، كمبادلة دار بأرض أو سبارة بآلة زراعية أو أرض بمواش أو نحو ذلك . بل هي قد تكون مبادلة حق عيني آخر أو حق شخصي بالملكية أو بأى حق عيني أو شخصي آخر ، كمبادلة رقة دار بحق انتفاع في دار أخرى أو في أرض ، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق ، ومبادلة حق انتفاع أو حق ارتفاق بحق شخصي (٢).

ولكن لا بد أن تكون المقايضة مبادلة حق بحق ، فإذا بودل حق بعمل أو بامتناع عن عمل أو بودل عمل بعمل أو عمل بامتناع عن عمل ، كما إذا أمطى شخص أرضاً لآخر في نظير أن يقوم له بعمل معين أو في نظير أن يمنح عن عمل معين ، فهذا العقد ليس مقايضة بل هو عقد غير مسمى .

ولا بد أن تكون المقايضة كما قدمنا مبادلة حق غير نقدي ، فلا تدخل النقود في عقد المقايضة ، وهذا هو الذى يميزها عن عقد البيع . ومع ذلك فقد يدخل المقايضة نقود تكون معدلاً (soulte) ، بها إذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين . فانه يجوز ، طبقاً للمادة ٤٨٣ مدنى المتقدم ذكرها ، تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً . فإذا قايض شخص بدار مملوكة له على أرض مملوكة لآخر ، وكانت قيمة الدار التي تبيعة الأرض ألفاً وخمسمائة في نظر المتقايضين ، فإن صاحب الدار يأخذ في مقابل داره الأرض ويبيعها معدلاً من النقود بمقدار خمسمائة ، ويبقى الفرق مع ذلك عقد مقايضة . وقد اختلفت الآراء ، في هذا الصدد ، فيما يميز عقد المقايضة بمعدل عن عقد البيع . فغلب رأى إلى وجوب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين ، فإن أرادا المدا ببيعاً

(١) أنظر المادة ١٥٧ ، عراق وتنص على ما يأتي : « لكل من يريد أن يبيع المقايضة حكم البيع ، فمعتبر فيها شروطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم أزم أن يسلم وينضم كل من المتقايضين مساً . ٢ - ويعتبر كل من المتقايضين بائناً لآخر ، متى تراضوا به ، ولو بالتدليس ، الذى قايض عليه » .

(٢) أوربى وروى ٥ فقرة ١٦٠ من قانون ١٨٠٤ من ١٨٠٤ فقرة ١٧٢ . بالفرنسية وروى ١٠ فقرة ٣٩١ .

فهو يبيّن أن المقيضة هي مبادلة ، وذهب رأى ثان إلى جعل العقد بيعاً إذا كان المعدل أكثر من قيمة الشيء الذى قرن به لتكميل قيمته ، فان كان المعدل أقل فالعقد مقيضة . وذهب رأى ثالث ، وهو الرأى الصحيح ، إلى أن العقد يكون مقيضة إلا إذا كان المعدل يزيد بكثير على قيمة الشيء الذى قرن به لتكميل قيمته بحيث يعتبر هذا الشيء هو المكمل للمعدل لا المعدل هو المكمل للشيء . ففى المثل أسألف الذكر إذا كانت الدار قيمتها ألفان والأرض قيمتها خمسمائة ، فبودلت الدار بالأرض ومعها ألف وخمسمائة ، كان العقد بيعاً لا مقيضة (١) .

٤٢٨ - تطبيق أحكام البيع على المقيضة بالقدر الذى نسمح به طبيعتها - نص قانونى - وتنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى على ماأتى :
« تسرى على المقيضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقيضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذى قابض به ، ومشترياً للشيء الذى قابض عليه . » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « هل أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو المنتصر الغالب ، وإلا انتقلت المقيضة بيعاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨) وانظر آنفاً فقرة ١١ - وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٧٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٧ وفقرة ٤٠٣ - بلانيول وريبير وريولانجيه ٢ فقرة ٢٦١٨ - جورسان ٢ فقرة ١١٧٤ .
ومادة رأس مال بإيراد مدى الحياة تكون مقيضة (بلانيول وريبير وريولانجيه ٢ ص ٨٠٧ هامش ١ - جورسان ٢ فقرة ١١٧٠) . ومبادلة نقد بنقد صرف فى الفقه الإسلامى . وقد يكون أحد الطرفين أو كلاهما مجموعاً من المال كتنخارج الوارث على حصته فى الميراث فى مقابل متجر لمطبخ إياه الوارث الآخر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٦) .
والأصل فى المدل أن يكون نفوه ، وقد يكون غير نفود (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣ - م ٥٠١ لبنانى آنفاً فقرة ٤٢٦ فى الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما ارتقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٢ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ و ص ٢٤٠) .

وقد قبل المجلس فى التقنين المدنى الوطنى السابق م ٣٦٠ : تتبع فى المعاوضة القواعد المختصة بمشارطة البيع .

ويخلص من هذا النص أن المقايضة تسرى عليها في الأصل أحكام البيع ، فيعتبر كل متقايبض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايبض به ، ومشترياً للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايبض هو عليه . غير أن طبيعة المقايضة - ونرجع إلى أنه لا يوجد فيها مبيع ونمن بل مبيع ومبيع كما قدمنا - قد تقضى ببعض مفارقات عن أحكام البيع . فنورد ما بين المقايضة والبيع من موافقات ، وما بينهما من مفارقات .

١٦ - موافقات بين المقايضة والبيع

٤٢٩ - الأركان الثلاثة - تسرى أحكام البيع على النحو المتقدم المذكور بالنسبة إلى أركان المقايضة وبالنسبة إلى الآثار التي تترتب عليها .

٤٣٠ - أركان المقايضة - المقايضة كالبيع عقد رضائي ، يتم بتوافق الإيجاب والقبول (١) . ولا يشترط فيها شكل خاص ، ويثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات ، بقيمة أحد الشئيين المتقايبض فيهما إذ المفروض أنهما متساويان في القيمة ، وإلا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشيء محل هذا الالتزام . وأركان المقايضة التراضي والمحل والسبب .

== ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني الم ١٥٢ (مطابقة المادة ١٨٥ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٧٤ (مطابقة المادة ١٨٥ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٩٧ : ١ - لكل من البديلين في المقايضة حكم المبيع منتزح فيما شروطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم ، لزم أن يعلم ويتسلم كل من المتقايبضين معاً . ٢ - ويعتبر كل من المتقايبضين بائعاً للشيء الذي قايبض به ، ومشترياً للشيء الذي قايبض عليه . (والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين المواريث والعقود اللبناني م ٥٠٢ : تطبق قواعد البيع على كل ما تنسج به مادة هذا العقد ، وتدرج ما يتعدى إليها بشأن الالتزامات وبالعقود المدنية وبالعقود التجارية على مثل " بيع والأحكام مطابقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وكذا في المقايضة والقانون الروماني عقد "بيع" يتم بتراضي أحد الشئيين

وبشترط في التراضي أن يوجد، وأن ينصب على المقايضة لا مجرد وعد بها .
على أن الوعد بالمقايضة يجوز كما يجوز الوعد بالبيع ، ونسرى على الوعد
بالمقايضة الأحكام التي تسرى على الوعد بالبيع (١). ولا يكتفى وجود التراضي،
بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً . والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً
من ذي أهلية ، والأهلية في المقايضة هي نفس الأهلية في البيع . وحدود ولاية
بولى والرصى والقيم في المقايضة هي نفس حدودها في البيع ، وبذلك في ذلك
تعاقد الشخص مع نفسه . ولا يكون التراضي صحيحاً أيضاً إلا إذا كان خالياً
عن عيوب الرضاء : الغلط والتدليس (٢) والإكراه والاستغلال . وخيار الرؤية
في المقايضة ، كخيار الرؤية في البيع ، ينتهى إلى وجوب تعيين الشيء المتقاىض
عليه وعلم المتقاىض . وتدخل الأوصاف على المقايضة كما تدخل على البيع ،
فتجوز مثلاً المقايضة بشرط التجربة وبشرط المذاق ، ونسرى نفس الأحكام
التي تسرى على بيع التجربة وبيع المذاق .

والركن الثانى للمقايضة هو الشيئان المتقاىض فيهما . وبشترط في كل منهما
ما يشترط في المبيع ، إذ أن كلا منهما في حكم المبيع كما قدمنا . فيجب أن يكون
شيء المتقاىض فيه موجوداً ، والشيء المتنازع فيه لا يجوز أن يتعامل فيه عمال
القضاء ولا المحامى بالمقايضة مع موكله على النحو الذى رأيناه في البيع (٣). ويجب
أن يكون الشيء المتقاىض فيه معيناً تعييناً كافياً ، وتجوز المقايضة في شيء
جزاف وفي شيء يعين بالتقدير كيلاً أو مقاساً أو وزناً أو عدداً ، فتجوز مقايضة
عشرة أرادب من القمح بعشرين أردباً من الذرة مثلاً . ويجوز تعيين الشيء
المتقاىض فيه عن طريق العينة كما يجوز تعيين المبيع ، وبصح أن يكون الشيء

(١) بودرى وسينا فقرة ٩٩٧ ص ٩٨٨ .

(٢) وقد قست عكة النقض بأن استحالة رد الأبطال المتبادل عليها بسبب نزع ملكيتها من
يد المتبادل الذى يتمسك بطلان المتبادلة ليست في حد ذاتها مانعاً من قبول دعوى البطلان ، أما
إذا كانت الاستحالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان ينهض دليلاً على إجازة المتبادل للمقد
الشوب بالتدليس فتندفع لا تقبل منه دعوى البطلان (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ الهامة

١٣ دقم ٤/١٠٨ ص ١٢١٣) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١١٣ .

المقايضة فيه حصة شائعة كما يصح ذلك في المبيع . ويجب أن يكون الشيء المقايضة فيه صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة يجب أن يكون مشروعاً . ويجب تحريماً أن يكون الشيء المقايضة فيه مملوكاً للمقايضة ، والمقايضة بملك الغير كبيع ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المقايضة الآخر . كذلك المقايضة في مرض الموت ، كالبيع في مرض الموت ، ويفرض فيها أنها تستر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية . وحكم مقايضة الوارث بمال الشركة قبل سداد الدين هو حكم نصرته بالبيع ، وكذلك يسرى حكم البيع في المقايضة بالمال المحجوز عليه وفي مقايضة المعسر بماله . والركن الثالث في المقايضة هو السبب ، ونسرى فيه الأحكام العامة المقررة في نظرية السبب .

٣١ - الآثار التي تترتب على المقايضة - والآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لامت حيث التزامات المشتري . فيلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشيء الذي يقايض به إلى الطرف الآخر ، كما يلتزم بتسليمه لياه وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

وتنتقل ملكية الشيء المقايض فيه من مالكة إلى المقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة في المنقول المعين بالذات ، وبالإفراز فيما عين بنوعه ، وبالتسجيل في العقار (١) . ويترتب على انتقال الملكية في المقايضة ما يترتب على انتقال

(١) ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع في المقايضة كما يجوز ذلك في البيع ، وتسرى نفس القواعد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المورث قد تصرف في أطيان له الغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بمقتضى بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إل هذا القدر ، فقضى برفض دعواه ابتداءً لما هو مقرر في التشريع الفرعي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بنير تحتفظ ، فإن الحكم يكون قد نافذ القانون (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٠٨ ص ٩٦٠) .

ونقضت محكمة الاستئناف الرضاة بأن عقد المقايضة غير المبرر يلزم كل مقايض بالأعمال اللازمة بالتسجيل كما في البيع (استئناف مخطوط ١٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١١٠) .

الملكية في البيع . ويجوز أن تكون المقايضة سبباً صحيحاً في تملك العقار بالتقادم القصير (١) وفي تملك المنقول بالحيازة .

ويلتزم كل متبايض بتسليم الشيء الذي قابض به إلى المتقايض الآخر في الحالة التي عليها وقت المقايضة . وحكم المعجز والزيادة في مقدار الشيء المتقايض فيه هو نفس حكم المعجز والزيادة في مقدار البيع (٢) . والطريقة التي يتم بها التسليم ، وزمان التسليم ومكانه ونفقانه ، وجزاء الإخلال بهذا الالتزام (٣) ، كل ذلك تسرى عليه الأحكام التي تسرى على الالتزام بالتسليم في البيع . ويتحمل كل متبايض تبعة هلاك الشيء الذي قابض به إذا وقع الهلاك قبل التسليم ، بالتفصيلات التي قررناها في البيع .

ويلتزم كل متبايض بضمان التعرض والاستحقاق في الشيء الذي قابض به على النحو الذي رأيناه في البيع (٤) . ولكل منهما حبس الشيء الذي قابض به

= وقضت أيضاً بأنه لا يحجج بالمقايضة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية كما لا يحجج بأي تصرف آخر (استئناف مخطوط ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٦) ، فإذا كانت المقايضة بعد حل المتبايض محل الدائن المرتهن الذي دفع له المعدل (نفس الحكم السابق) .

(١) استئناف مخطوط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٦٠ ص ٩٥ .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٨٠ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٦٣ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز فسخ المقايضة إذا لم يعلم المتبايض ما قابض به إلى المتبايض الآخر (استئناف وطني ٢٢ فبراير سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٧ ص ١٢٩ - ومع ذلك قارن استئناف وطني ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/٦٦ ص ١٨٤) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوف أحد المتقايضين بما قابض به ، فللاخر الفسخ والمطالبة بتعويض يقابل المنفعة التي حصلت للمتقايض المحكوم عليه بالفسخ ولو كان هذا الأخير حسن النية (استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢١ ص ١٠٤٨) . وانظر في استحقاق التعويض للتأخر في تسليم الأرض المتقايض عليها بعد الإعذار (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) .

(٤) نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ - استئناف وطني ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٤ ص ٥٠ - وفي انطباق قواعد فسخ البيع على فسخ المقايضة =

أو فسخ المفاوضة إذا استحق الشيء الذى قابض عليه أو ظهر فيه عيب يوجب الضمان (١) .

= أنظر : استئناف مختلط : يونيو سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ١١٢ : ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٤٨ ص ٢٨ .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٩ - ص ٢٤٠ . وقد كان المشروع التمهيدى التقنين المدنى الجديد يتضمن نصين في هذا المقصد هما مجرد تطبيق لقواعد العامة ، فحذفنا في لجنة المراجعة . فكانت المادة ٦٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : إذا نسل أحد المتقايضين الشيء الذى قابض عليه ، ثم أثبت بعد ذلك أن الطرف الآخر لا يملك هذا الشيء ، فلا يجوز أن يجبر على تسليم الشيء الذى قابض به ، وليس عليه إلا أن يرد ما تسلمه . وكانت المادة ٦٥٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : إذا استحق الشيء المقايض عليه في يد المقايض ، أو رد بموجب ، جاز للمقايض أن يسترد الشيء الذى قابض به أو أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض به أو أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض عليه وقت الاستحقاق أو وقت المفاوضة خالياً من العيب ، وله في الحالتين أن يطالب بتعويض إذا كان هناك وجه لذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٥ - ص ٢٢٧ في الحاشي) وتنص المادة ٩٨٨ من التقنين المدنى الراق على أنه : إذا استحق الشيء الذى تسلمه المقايض أو رد بموجب ، جاز لهذا المقايض إما أن يسترد الشيء الذى قابض به ، وإما أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض عليه وقت الاستحقاق أو تسلمه وقت المفاوضة خالياً من العيب . وله في الحالتين أن يطالب بتعويض . إذا كان هناك وجه لذلك .

وكانت المادة ٣٥٨ من التقنين المدنى الرسمى السابق تنص على أنه : إذا كان أحد المتعارضين استلم الموضع قبل تسليم العرض الآخر ، ثم أثبت أن ما استلمه لم يكن ملكاً للمعاقد معه ، فلا يجوز إجباره على تسليم ما تعهد بإعطائه بدل ما أخذه ، وإنما يجبر على رد ما استلمه فقط . ثم أوردت المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى السابق نصاً يشتمل على حكم يتعارض مع القواعد العامة ، فتفتت بأنه : إذا كان أحد المتعارضين استلم عرض ما أعطاه ، ثم ظهر أنه ليس ملكاً للمعاقد وانزع منه مالكة الحقيق ، فيكون المتسلم المذكور مخيراً بين طلب تعويضات وبين طلب رد عين ما أخذه منه ولو كان تحت يد غير المتعاقد معه إذا كان معقاراً إلا إذا مضت في هذه الحالة خمس سنين من يوم عقد مشاركة المعاوضة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى هذا المقصد : « وهذا حكم غير مفرم ، إلا إذا قيل إن الأجنبى قد ملك العقار بالتقادم القصير . على أن هذا التعليل لا يصح في كل الأحوال ، فقد يكون الأجنبى صبياً ثنية ، وقد تكون مدة حيازته للعقار أقل من خمس سنوات ويكفى لتحقيق ذلك ألا تتدخل إليه حيازة العقار إلا بعد عقد المفاوضة كما هو الغالب . وقد حذف المشروع هذا الحكم الغريب . (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن مدة الخمس سنوات المذكورة في التقنين الأخير من المادة ٣٥٩ مدنى ليست من مدد التقادم يعصب المقايض بمرورها إذا حق مكتسب ، بل هي من مدد السقوط يسقط بانقضاءها حق المتقايض الذى استحق منه القبض في رفع دعوى =

٢٥ - المفارقات بين المقايضة والبيع

٤٣٢ - صبراً عام : يمكن القول بوجه عام إن أحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لا تسرى في عقد المقايضة ، لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة . فالمقايضة ليس فيها ثمن كما قدمنا ، فأحكام بيع المتعلقة بالثمن ليس لها محل في عقد المقايضة ولا تسرى في هذا العقد بداهة . فاذا دخل عنصر النقد في المقايضة - ويتحقق ذلك في المقايضة بمعدل من النقود - سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالمقدار الذي لا يتعارض مع عقد المقايضة (١) ، فيثبت مثلاً حق امتياز للمتقاضين الدائن بالمعدل على الشيء الذي قابض به (٢) . والتزام المشتري الذي لا يتعلق بالثمن ، وهو التزامه بتسلم المبيع ، تسرى أحكامه في عقد المقايضة كما تسرى في عقد البيع .

٤٣٣ - تطبيقات لهذه المبدأ العام - نص قانوني : ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ أن الأحكام التي تتعلق بوجود أن يكون الثمن نقوداً

= استرداد القبض الذي أعطاه (نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ١٢ - وانظر أيضاً في صدد هذا النص : نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المماثلة ٧ رقم ٩ ص ١٥ - محكمة قنا استئنافي ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٨٧ ص ٢١٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وسامد زكي فقرة ٦٣٤ - فقرة ٦٣٥) .

والعبارة بوقت تمام المقايضة ، فإن كانت قد تمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فنص التقنين المدني السابق هو الذي يسرى فيما بين الوطنيين دون الأجانب ، وإلا فالتقنين المدني الجديد هو الذي يسرى .

(١) فيجوز للمقايض الذي له حق في المعدل أن يجبر المقايض الآخر على دفع المعدل مع التمويض فإن كان له مقتضى ، ويجوز لدائنه أن يتحمل حقه هذا (استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٨٨) . وإذا كان المعدل في المقايضة ضريبة متأخرة ثم تنازلت عنها الحكومة ، للمقايض الذي كان مستولاً عن هذه الضريبة وحولها على المقايض الآخر له حق الرجوع بقيمتها على هذا المقايض الآخر (استئناف مخطوط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥) .

(٢) أما في غير المعدل فلا امتياز للمتقاضين على الدين التي أعطاهما (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١) .

وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير وأن يكون جدياً ، وما يتصل ببخس الثمن من أحكام الغبن الفاحش (١) في البيع ، كل هذه الأحكام لا محل لتطبيقها في عقد المفاضة .

كذلك الأحكام المتعلقة بالتزامات المشتري فيما يرجع منها إلى الثمن ، كاللزام الوفاء بالثمن ودفع الفوائد وزمان دفع الثمن ومكانه ، كل هذه الأحكام لا محل لسريانها في عقد المفاضة . إلا أن الأحكام المتعلقة بتملك المشتري ثمرة المبيع ونمائه وتحمل نفقاته ، وحبس المشتري للثمن (ويقابله الشيء المفاض به) حتى يستوفى المبيع غير مهدد بتعرض أو استحقال وغير معيب ، وحبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن (ويقابله الشيء المفاض عليه) ، وفسخ العقد لعدم الوفاء بالثمن (ويقابله الشيء المفاض عليه) أو لعدم تسليم المبيع أو لعدم نقل ملكيته ، كل هذه الأحكام تنبئ في عقد المفاضة كما تسري في عقد البيع (٢) .

ومما يترتب على أن المفاضة لا يوجد فيها ثمن ما يأتي : (١) لا يتصور في المفاضة دفع عربون ، إلا فيما يتعلق بعربون يدفع خارجاً عن البدلين وهذا لا يقع عادة . (٢) لا يقع عادة في المفاضة صورة تقابل البيع بالتسيط أو تقابل لإيجار السائر للمبيع . (٣) لا يقع عادة في المفاضة صورة تقابل بيع الوفاء (٣) .

(١) أنظر في الغبن الفاحش آنفاً فقرة ٢٢١ ، حتى لو كانت المفاضة بمعدل (بودرى وصينيا فقرة ٩٩٥) ، إذ المعدل لا يحول المفاضة بيعاً (أوبرى ورو • فقرة ٣٦٠ ص ١٨٥) - قارن الأستاذ منصور مصطلح منصور (ص ٣١٠) ويذهب إلى أن هذه حكم الغبن الفاحش تنوهر في المفاضة ، وإلى أن طيبة المفاضة لا تتعارض مع إعمال هذا الحكم ، فقدور قيمة العقار الذي قابض عليه الفاسر وتنسب إلى قيمة العقار الذي قابض به . وغنى عن البيان أننا لو أعلننا حكم الغبن الفاحش في المفاضة ، لاقتضى الأمر تقدير عقارين ، لا تقدير قيمة عقار واحد كما في البيع ، ولكن هذه المسألة قد يمد لها استحقال حاية الفاسر في المفاضة كما استكلت في البيع .

(٢) ويجوز فسخ المفاضة لعدم دفع المعدل ، كما يجوز فسخ البيع لعدم دفع الثمن . فالعدل إذن ، كالثمن ، مضمون بمجر الفسخ وحق الامتناع ، وهذا غير التنفيذ الذي (أوبرى ورو • فقرة ٣٦٠ ص ١٨٤ - بلانيول وبيير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٤ - الأستاذ محمد كامل مرس فقرة ٢٦٣) .

(٣) قارن مع ذلك أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ *exchange* فقرة ١٥ - وقارن أيضاً الأستاذ منصور مصطلح منصور (فقرة ١٢٦ ص ٢٠٩) ، ويذهب إلى أن الحكم الخامس = (م ٥٥ - كوسيط ٤٥)

- (٤) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير .
 (٥) لا تسرى في المقايضة الأحكام المتعلقة باسترداد الحق المتنازع فيه (١) ،
 ولا أحكام العجز في المقدار (٢) . (٦) لا يوجد حق امتياز لأى حق المتقايضين
 على الشيء الذى قابض به ، لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان الثمن .
 ولكن إذا وجد في المقايضة معدل ، كان منسبواً بحق امتياز كما سبق القول .
 (٧) لا شفعة في المقايضة (٣) .

ومما يترتب على أنه كما يعتبر كل من المتقايضين بائعاً لما قابض به يعتبر كذلك
 كل منهما مشترياً لما قابض عليه ، ما نصت عليه المادة ٤٨٤ مدنى من أن
 « مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان
 مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) . والأصل في عقد البيع
 أن مصروفات البيع يتحملها المشتري كما قدمنا ، فاذا أردنا تطبيق هذا الحكم
 على المقايضة وجب اعتبار كل من المتقايضين مشترياً لما قابض عليه ، ووجب

= بطلان بيع الوفاء لا يمرى على المقايضة لانقضاء علة البطلان ، فإذا اشترط في العقد احتفاظ أحد
 المتقايضين بحقه في استرداد ما قابض به إذا هو رد ما قابض عليه في مدة معينة كان العقد صحيحاً
 (١) أنظر آتياً فقرة ١٠٥ .

(٢) استئناف مخطوط ١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٩ .

(٣) إلا إذا أخفى البيع تحت إمتار المقايضة (استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩١٨
 م ٣٠ ص ٢٢٧) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
 لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١١ من المشروع النهائى .
 ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية :
 ص ٢٣٥ — ص ٢٣٧) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .
 وبغالب في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٤٥٢ (مطابقة للمادة
 ٤٨٤ مصرى)

التقنين المدنى الليبى م ٧٣ : (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٦٠٠ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى) .

نسخ المراجعات والمقود البنائى م ٥٠٢ : تقدم حتماً معارف العقد ونفقاته القانونية بين
 متقايضين : ما لم يكن هناك اتفاق آخر بينهما . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

تبعاً لذلك تقسيم هذه المصروفات مناصفة بينهما (١) . وبوجه خاص وجب تقسيم رسوم التسجيل (٢) بينهما مناصفة ، دون اعتداد بما عسى أن يوجد من فرق في القيمة بين البديلين . وهذا كله ما لم يوجد اتفاق (٣) أو عرف يقضى بغيره (٤) .

(١) وذلك دون اعتداد بما قد يكون في المقايضة من سبيل ، فنفقات المدل تضم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين . ويذهب أوربي ورو إلى جعل نفقات المدل على الملتزم به (أوربي ورو ٥ فترة ٢٦٠ هامش ١٦) .

(٢) وهي أقل في المقايضة منها في البيع (وكانت من قبل ٢ / ٢ ثم ارتفعت إلى ٣ / ٢) . وإذا تفاوت البدلان في القيمة ، كان القمار الأكبر قيمة هو المتبرر بتقدير رسوم التسجيل (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥) . وإذا كانت المقايضة حقيقياً بيع . كأن اشترى شخص مزرعة ببلغ ١٠٠ ٠٠٠ دفع منه نقداً ٩٤٠٠٠ ومزلاً بقيت ٦٠٠٠ ، فهناك أحكام قضت بوجوب دفع رسوم التسجيل على كل من المزرعة والمزول فكلهما مبيع (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٥ — ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٠١) . وذلك أحكام أخرى ، وفيها حكم الدوائر المحكمة بالاستئناف المختلط ، قضت بجعل الرسوم على أهل العقارين قيمة مهما كان مقدار المدل (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦٣ — محكمة الاستئناف المختلط في دوائرها المجتدة ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٧ — استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٩) .

(٣) ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبيل الاتفاق على أنه لا (بلانيول وريير وحمل ١٠ غمرة ٤٠٣) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ونجمل المادة ٦٥٥ (من المشروع التمهيد) مصروفات عقد المقايضة مناصفة بين المتقايضين ، وهذا طبيعي لأن كلا منهما يتبرع شترهما بالمقايضة عليه . ويموز الاتفاق على غير ذلك ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٩) .

فهرس

لشعرون الكتاب

صفحة

نميسد

المقود المساء ونقسباتها المختلفة

١ المقود المساء
١٠ التقسيمات المختلفة للمقود المساء
١٤ المقود التي ترد عل الملكية

الباب الأول

عقد البيع

مفرد

١٩ التعريف بالبيع
٢٣ البيع نقل الملكية
٢٣ خصائص عقد البيع - اشتباهه بمقود أخرى
٢٤ أهمية عقد البيع وكيف حل محل المقايضة
٢٥ تنظيم عقد البيع في التقنين المدني السابق
٢٧ تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد
٢٩ خطة البحث

الفصل الأول - أحكام البيع

٤٠ الفرع الأول - التراضي في عقد البيع
٤١ البحث الأول - شروط الانعقاد

صفحة

المطلب الأول — التباعد أصالة.....	١١
§ ١ — تطابق الإيجاب والقبول :	١٢
العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول	١٢
صور عملية للإيجاب	١٧
شكل عقد البيع	٥٠
إثبات عقد البيع	٥٣
تفسير عقد البيع	٥٣
§ ٢ — الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون :	٥٥
الوعد بالبيع :	٥٥
الوعد بالبيع من جانب واحد	٥٦
الوعد بالشراء من جانب واحد	٧١
الوعد بالبيع والشراء	٧٥
البيع الابتدائي :	٨٠
الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي	٨٢
معير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي	٨٤
البيع بالعربون :	٨٦
أحكام البيع بالعربون.....	٨٦
التكليف القانوني للعربون	٩٠
المطلب الثاني — التباعد بطريق النيابة	٩٣
§ ١ — التباعد عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن النائب أو حارس قضائي :	٩٥
ولاية الولي في البيع والشراء	٩٥
ولاية الوصي والقيم والوكيل عن النائب في البيع والشراء	٩٧
ولاية الحارس القضائي في البيع والشراء	٩٨
§ ٢ — بيع النائب لنفسه :	٩٨
القاعدة العامة	٩٨
تطبيقات خاصة	٩٩
المبحث الثاني — شروط الصحة	١٠٨
المطلب الأول — الأهلية في عقد البيع	١٠٨
تمييز الأهلية عما يلتبس بها من النظم	١٠٨
أهلية التصرف راجعة في كل من البائع والمشتري	١٠٩
مقارنة يكتفى التمييز في أهلية البيع والشراء	١١٠
المطلب الثاني — بموجب الرضا في عقد البيع	١١٢
تطبيق القواعد العامة	١١٢

صفحة

علم المشتري بالمبيع	١١٤
خيار الرؤية في الفقه الحنفى	١١٧
خيار الرؤية في المذاهب الأخرى و الفقه الإسلامى	١٢٠
خيار الرؤية في التفنين المدنى المصرى	١٢٣
المبحث الثالث - بعض البيوع الموصوفة	١٢٦
§ ١ - البيع بشرط التجربة :	١٢٨
كيف يعلق البيع على شرط التجربة	١٣٠
كيف تكون التجربة والوقت الذى تتم فيه	١٣١
التجربة شرط واقف	١٣٤
التجربة شرط فاسخ	١٣٦
§ ٢ - البيع بشرط المذاق :	١٣٧
كيف يعلق البيع على شرط المذاق	١٣٩
كيف يتم المذاق	١٤٠
التكليف القانونى لبيع بالمذاق	١٤١
الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة	١٤٢
§ ٣ - بيع الوفاء :	١٤٣
أ) بيع الوفاء فى عهد التفنين المدنى السابق	١٤٨
ب) بيع الوفاء فى عهد التفنين المدنى الجديد :	١٦٣
بيع الوفاء باطل	١٦٣
ما الذى يترتب على بطلان بيع الوفاء	١٦٥
تمييز منطقة بيع الوفاء عن البيع المطلق على شرط فاسخ	١٦٧
ليس لتفنين الجديد أثر دمجى	١٦٩
§ ٤ - البيع بالتفريط أو الإيجار السائر لبيع :	١٦٠
تصنيفات عملية	١٧٢
البيع بالتفريط	١٧٣
الإيجار السائر لبيع	١٧٧
الإيجار المقترب بوجه بالبيع	١٨٠
§ ٥ - البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير :	١٨٢
الصور العملية لهذا البيع	١٨٢
حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير	١٨٤
كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير	١٨٥
حكم البيع بعد التقرير بالشراء عن الغير	١٨٦
صورة خاصة - تقرير الرامى عليه المزايا لشراء من الغير	١٨٩
الفرع الثانى - المحل فى عقد البيع	١٩٠

صفحة

المبحث ادر - المبيع	١٩١
المطلب الأول وجود المبيع	١٩١
١ - بيع الحقوق المتنازع فيها :	١٩٤
أ) بيع الحقوق المتنازع فيها لنير عمال القضاء :	١٩٤
من يجوز استرداد الحق المتنازع فيه	١٠٧
كيف يكون الاسترداد	٢٠١
الآثار التي تترتب على الاسترداد	٢٠٤
الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها الاسترداد	٢٠٧
ب) بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء :	٢١١
البيع لعمال القضاء وحق الاسترداد	٢١٢
المشتركون للحقوق المتنازع فيها	٢١٥
جزاء المخطر	٢١٧
تعالل المحامي في الحق المتنازع فيه	٢١٨
٢ - بيع السلم :	
السلم في الفقه الإسلامي	٢٢٠
السلم في القانون المصري	٢٢٣
المطلب الثاني - تعيين المبيع	٢٢٥
١ - البيع بالتقدير والبيع بالجزاف :	٢٢٦
كيف يكون البيع بالتقدير	٢٢٦
كيف يكون البيع بالجزاف	٢٢٧
أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث	
انتقال الملكية	٢٣٠
أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث تحمل	
ثبته الهلاك	٢٣٢
لا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث إنشاء	
الالتزامات الشخصية	٢٣٣
٢ - البيع بالعينة :	٢٣٤
لعينة طريق لتعيين المبيع	٢٣٥
وجوب مطابقة المبيع للعينة	٢٣٦
جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة	٢٣٧
إثبات العينة	٢٣٩
٣ - بيع التركة	٢٤٠
أ) بيع الإرث حصته في التركة لأجنبي غير وارث :	٢٤٢
حكم هذا البيع فيما بين الطرفين	٢٤٢

صفحة

٢٥٢	حكم هذا البيع بالنسبة إلى الغير
٢٥٧	ب) بيع الوارث حصت في التركة لوارث آخر :
٢٥٧	التبيز بين حالتين
٢٥٩	أحكام مشتركة في الخارج
٢٦٠	الفرق بين الخارج كملع والخارج كفصة
٢٦١	المطلب الثالث - صلاحية المبيع للتعامل فيه
٢٦٢	١ § - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء
٢٦٤	٢ § - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية :
٢٦٤	تطبيقات مختلفة
	بيع الشركة المستقبلية وبيع الحقوق المتنازع فيها لصالح
٢٦٥	القضاء - إحالة
٢٦٥	بيع الملاء
٢٦٨	المطلب الرابع - ملكية البائع لشيء المبيع
٢٦٩	١ § - بيع ملك الغير :
٢٧١	تحديد منطقة بيع ملك الغير
٢٧٦	١) تأصيل البطلان في بيع ملك الغير :
٢٧٦	النظرية التقليدية
٢٧٩	رأى يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل
٢٨٠	رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف ...
	الرأى الذى نغف عنه - بيع ملك الغير قابل للإبطال
٢٨٢	بموجب نص خاص في القانون أنشأ البطلان
٢٨٥	بيع عقار الغير قابل للإبطال بعد التسجيل وقبله
٢٨٨	ب) أحكام بيع ملك الغير :
٢٨٨	فيما بين المتعاقدين :
٢٨٨	المشتري وحده هو الذى يجوز له إبطال البيع
٢٩١	والمشتري أن يطلب الترميض
٢٩٣	والمشتري أن يجزى البيع
	ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأيلولة ملكية المبيع
٢٩٤	إلى البائع
٢٩٦	بالنسبة إلى المالك الحقيقي :
٢٩٦	إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع
٢٩٧	إذا أقر المالك الحقيقي البيع
٢٩٩	٢ § - بيع المال الشائع :
	١) بيع الشريك جزءاً مفروضاً من المال الشائع لكل
٣٠٠	المال الشائع :

سم شمس

صفحة

٣٠٠	بيع الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع
٣٠٣	بيع الشريك كل المال الشائع
٣٠٤	أثر البيع في حقوق باقي الشركاء
٣٠٥	ب (بيع التصفية :
٣٠٥	متى يكون بيع التصفية :
٣٠٧	إجراءات بيع التصفية
٣٠٨	الآثار التي تترتب على بيع التصفية
٣٠٩	§ ٣ — بيع المريض مرض الموت :
٣١٣	١ (ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض :
٣١٣	ما هو مرض الموت
٣١٤	المريض يقعد المريض عن قضاء مصالحه
٣١٥	ويقلب في المرض خوف الموت
٣١٧	وينتهي المرض بالموت فعلاً
	الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تعطلهم في حكم
٣٢٠	المريض مرض الموت
٣٢١	✓ إثبات مرض الموت
٣٢٣	سبب تقييد التصرف في مرض الموت
٣٢٦	الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت
٣٢٨	ب (أحكام البيع في مرض الموت :
٣٢٩	البيع بما لا يقل عن القيمة
٣٣٠	البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة
٣٣١	البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة
٣٣٣	التصرف بغير ثمن أصلاً
٣٣٤	حماية الغير حسن النية
٣٣٥	§ ٤ — بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد الديون
٣٣٥	مريان مبادئ الفقه الإسلامي
٣٣٩	انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي ...
	تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين
٣٤٠	في الفقه الإسلامي
٣٤٥	انتقال التركة إلى الورثة في التقنين الجديد
	تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي لم تخضع
٣٤٦	لنظام التصفية
	تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي خصصت
٣٥٠	لنظام التصفية

صفحة:

§ ٥ - بيع المحرز عليه والمسر :

٢٥٢ بيع المحرز عليه
٢٥٦ بيع المسر
٢٥٧	§ ٦ - بيع الأراضى الزراعية في قانون الإصلاح الزراعى : ...
٢٥٨ عدم جواز نكح أكثر من مائة فدان
٢٥٩ التملك بالمراث والتوصية والتقادم
٢٦٠ تملك بالهبة
٢٦١ التملك بالشفعة
٢٦٢ الحد من تجزئة الأراضى الزراعية
٢٦٤ البحث الثانى - الثمن
٢٦٤ المطلب الأول - يجب أن يكون الثمن نقداً
٢٦٤ تمييز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي
٢٦٦ يصح أن يكون ثمن إيراداً مزيداً أو مدى المواة ...
٢٦٧ المطلب الثانى - يجب أن الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير
 تقدير الثمن أو قابليته للتقدير يجب أن يكون باتفاق
٢٦٩ بين المتعاقدين
٢٧١ وقابلية الثمن للتقدير . الأسس التى يقوم عليها التقدير
 أساس التقدير الثمن الذى اشترى به البائع : المراجعة
٢٧١ والتولية والإذراك والرضيعة
٢٧٥ أساس التقدير سعر السوق
 أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذى
٢٧٦ جرى عليه التعامل بين المتبايعين
٢٧٨ ترك التقدير لأجنبي يتفق عليه المتبايعان
٢٨٢ ترك المتبايعين ثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير ...
٢٨٣ المطلب الثالث - يجب أن يكون الثمن جديداً
٢٨٣ التمييز بين الثمن الجدى والثمن البخش
٢٨٤ § ١ - الثمن الجلى :
٢٨٤ الثمن الصورى
٢٨٥ الثمن التافه
٢٨٧ § ٢ - الثمن البخش (دعوى الدين الفاحش)
٢٩٠ (١) الشروط الواجب توافرها لتحقق الدين الفاحش :
٢٩١ الشرط الأول - صاحب الدين المبيعة غير كامل الأهلية

صفحة

٣٩٢	الشرط الثانى - العين المبيعة عقار
	الشرط الثالث - لا يكون البيع فى مزاد على تم وفقاً
٣٩٣	لأحكام القانون
	الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت
٣٩٧	البيع بأكثر من الخمس
٣٩٨	ب) ما يترتب من الأثر على تحقيق العين الفاحش :
٣٩٨	دعوى تكللة الثمن
٤٠١	دعوى الفسخ

الفصل الثانى - الإثراء الذى يترتب على البيع

٤٠٥	الفرع الأول - التزامات البائع
٤٠٥	المبحث الأول - نقل ملكية المبيع
٤٠٦	١ - الأول - نقل الملكية بوجه عام
٤٠٧	§ ١ - التطور التاريخى للبيع كمقد ناقل للملكية :
٤٠٧	البيع فى القانون الرومانى
٤٠٨	البيع فى القانون الفرنسى القديم
٤٠٩	البيع فى الفقه الإسلامى
٤١٠	البيع فى القانون الحديث
٤١١	§ ٢ - تحليل معنى نقل الملكية :
٤١١	الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً
٤١٢	الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون
٤١٣	التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية
٤١٧	الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري
٤٢٠	البيع بالتسليم مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن - إحالة
	§ ٣ - ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما الذى يترتب على
٤٢١	انتقالها فعلاً :
٤٢١	ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية
٤٢٣	ما الذى يترتب على انتقال الملكية فعلاً للمشتري
٤٢٥	المطلب الثانى - نقل الملكية فى المنقول
٤٢٥	§ ١ - الشئ العين بذاته :
٤٢٥	انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد

صفحة

- ٤٣٦ انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين
- ٤٣٦ انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير
- ٤٣٧ انتقال الملكية في البيع الجراف - إحالة
- ٤٣٨ § ٢ - الشيء معين بنوعه :
- ٤٣٨ انتقال الملكية بالإفراز
- ٤٣٩ كيف تنتقل الملكية بالإفراز - إحالة
- ٤٣٩ الحكم فيما إذا امتنع البائع من الإفراز - إحالة
- ٤٣٩ نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري
- ٤٣٣ المطالب الثالث - نقل الملكية في العقار
- ٤٣٤ لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل
- ٤٣٤ § ١ - تطور نظام الشهر العقاري في مصر :
- ٤٣٣ نظام الشهر بوجه عام
- ٤٣٩ عهد أربعة في مصر :
- ٤٤٠ المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدق القديم
- ٤٤٢ المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدق السابق
- المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل
- ٤٥٠ المصادق في سنة ١٩٢٣
- المرحلة الرابعة - نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر
- ٤٦٠ العقارى
- ٤٧٣ § ٢ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة :
- ٤٧٤ أولاً - عهد التقنين المدق السابق :
- انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فيه إلى
- التسجيل - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري
- ٤٧٤ من الوارث
- ٤٧٦ انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل
- ٤٨١ ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى :
- ٤٨١ (١) حكم البيع قبل أن يسجل :
- البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا
- فيما بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث
- ٤٨١ والمشتري من الوارث
- ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعاً فينتج آثاره عدا
- ٤٨٥ نقل الملكية بالفعل

صفحة

البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب الهالغ بنقل الملكية - كيف ينقل هذا الالتزام	١٨٧
دعوى صحة التعاقد	١٨٨
دعوى صحة التوقيع	١٩٧
البيع غير المسجل ينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب المشتري	٢٠٣
البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره بمرسته يها ...	٢٠٥
ب (حكم البيع بعد أن يسجل :	٢٠٨
البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل	٢٠٨
ويزيد البيع المسجل بأن ينقل الملكية فعلاً فيما بين المتعاقدين بالنسبة إلى الغير	٢٠٩
أولاً - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل لتسجيل أثر رجعي :	٢١١
الرأي الذي استقر عليه للفقه والقضاء - ليس لتسجيل أثر رجعي	٢١٢
الرأي المعارض - لتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين القول بالأثر الرجعي أكثر استضافة من ناحية الصناعة القانونية	٢١٩
الفرق بالأثر الرجعي هو وحده القول الحق	٢٢٤
القول بالأثر الرجعي هو الذي يفتق مع القواعد العامة القول بالأثر الرجعي لا يتعارض مع نصوص القانون	٢٣٤
ثانياً - نقل الملكية بالنسبة إلى الغير - هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عقده أولاً	٢٣٦
شرط حسن النية في عهد التفتين المدنى السابق - إحالة شرط حسن النية في عهد قانون التسجيل	٢٣٩
شرط حسن النية في قانون تنظيم الشهر العقاري	٢٤٤
المبحث الثاني - تسليم المبيع	٢٥٦
المطلب الأول - محل التسليم	٢٥٨
§ ١ - حالة المبيع :	٢٥٩
كيف تتبين حالة المبيع وقت البيع	٢٦٠
تغير - حالة المبيع	٢٦٢
وجود اتفاق خاص على حالة المبيع	٢٦٥

صفحة

٥٦٦	٢ § — مقدار المبيع :
٥٧١	حالة نقص المبيع
٥٧٣	حالة زيادة المبيع
٥٧٤	تقديم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته
٥٧٨	٣ § — ملحقات المبيع :
٥٨٠	تحديد معنى ملحقات المبيع
٥٨٢	تطبيقات مختلفة في ملحقات المبيع
٥٨٦	المطلب الثاني — كيف يتم التسليم
٥٨٦	١ § — طريقة التسليم :
٥٨٩	التسليم بالفعل
٥٩٠	تطبيقات في تسليم الفعل
٥٩٣	التسليم الحكى
٥٩٥	٢ § — زمان التسليم ومكانه
٥٩٥	زمان التسليم
٥٩٧	مكان التسليم
٥٩٩	زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه
٦٠١	٣ § — نفقات التسليم
٦٠١	نفقات تسليم المبيع على البائع
٦٠٢	نفقات تسليم المبيع على المشتري — إحالة
	المطلب الثالث — الجزاء على الإخلال بالتزام تسليم — تبعة هلاك المبيع أو تلفه
٦٠٣	قبل التسليم
٦٠٣	التفويض العيني أو الفسخ مع التمريض في الحالتين
٦٠٦	١ § — تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم :
٦٠٨	تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم مترتب على التزامه بالتسليم
٦١٠	هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم
٦١١	هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي قبل التسليم
٦١٤	إعذار البائع المشتري لتسلم المبيع
٦١٤	هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له
٦١٥	٢ § — تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم :
٦١٦	الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري ...
٦١٧	الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائي ...
٦١٨	الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بعد إعذار المشتري أو بعد حصر البائع

صفحة	
٦١٨	المبحث الثالث - ضمان التعرض والاستحقاق
٦١٨	خصوصية ضمان التعرض والاستحقاق
٦٢٢	شمول ضمان التعرض والاستحقاق
٦٢٣	المطلب الأول - التعرض الصادر من البائع
٦٢٣	١) متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع :
٦٢٦	١ - أعمال التعرض الصادر من البائع :
٦٣٠	تملك البائع المبيع بالتقادم
	٢ - المدين في الالتزام بضممان التعرض الصادر من البائع -
٦٣٢	عدم قابلية الالتزام للانقسام
٦٣٤	٣ - الدائن في الالتزام بضممان التعرض الصادر من البائع
٦٣٥	٤ - البيع الذي ينشئ الضمان
٦٣٦	ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع
٦٣٨	ج) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع
٦٤٠	المطلب الثاني - التعرض الصادر من الغير
٦٤٠	١ § - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير :
٦٤٠	١) أعمال التعرض الصادر من الغير - شروط ثلاثة :
٦٤١	أولاً - أن يقع التعرض فعلاً
٦٤٤	ثانياً - أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع
	ثالثاً - أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على المبيع
٦٤٨	أو يكون تالياً له ولكنه يستمد من البائع
	ب) المدين في الالتزام بضممان التعرض الصادر من الغير - عدم
٦٥٢	قابلية الالتزام وقابليته للانقسام
٦٥٥	ج) الدائن في الالتزام بضممان التعرض الصادر من الغير
٦٥٨	د) البيع الذي ينشئ الضمان
٦٥٩	٢ § - ما يترتب على قيام التعرض الصادر من الغير :
٦٦٠	١) التنفيذ العملي (ضمان التعرض بطريق التدخل) :
٦٦٤	تدخل البائع في دعوى الاستحقاق
	عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من إخطار
٦٦٨	المشتري بإياه
	عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق من غير إخطار
٦٧١	المشتري بإياه
٦٧٢	ب) التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق) :
٦٧٣	الاستحقاق الكلي

صفحة

٦٨٥ الاستحقاق الجزئى
٦٩٠ رد البائع ما أداه المشتري للمعرض
٦٩٤	§ ٣ — الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير :
٦٩٧ الاتفاق على زيادة ضمان
٦٩٩ الاتفاق على إنقاص الضمان :
٧٠١ خصوصية في حقوق الاتفاق
٧٠٦ الاتفاق على إسقاط الضمان
٧١٠	المبحث الرابع — ضمان الميوب الخفية وفوات الوصف ..
٧١٠ خصوصية ضمان الميوب الخفية
٧١٢ شمول ضمان الميوب الخفية
٧١٤	§ ١ — متى يقوم ضمان الميوب الخفية :
٧١٤ (أ) الميوب الموجبة للضمان :
٧١٧ ١ - يجب أن يكون الميب مؤثراً
٧٢٢ ٢ - يجب أن يكون الميب قديماً
٧٢٣ ٣ - يجب أن يكون الميب خفياً
٧٢٧ ٤ - يجب أن يكون الميب غير معلوم للمشتري
٧٢٩ (ب) المدين في ضمان الميوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام ...
٧٣٠ (ج) الدائن في ضمان الميوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام ...
٧٣١ (د) البيع الذى ينشئ ضمان الميوب الخفية
٧٣٣	§ ٢ — ما يترتب على قيام ضمان الميوب الخفية :
٧٣٣ دعوى الضمان وما يسبقها من إخطار
٧٣٤ إخطار البائع بالميب
٧٣٨ دعوى ضمان الميوب الخفية
٧٤٣ هلاك المبيع الميب
٧٤٥ بعض ظروف غير الهلاك تطرأ على المبيع الميب
٧٥٠ تقادم دعوى ضمان الميب الخفى
٧٥٣	§ ٣ — الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الميب الخفى :
٧٥٥ تعديل أحكام ضمان الميب الخفى باتفاق خاص
٧٥٨ ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل
٧٦١	§ ٤ — تمييز ضمان الميوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية :
٧٦٢ التمييز بين ضمان الميوب الخفية والغلط
٧٦٥ التمييز بين ضمان الميوب الخفية والتدليس
٧٦٦ التمييز بين ضمان الميوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ

صفحة

٧٦٨	التمييز بين ضمان الميوب الخفية والعجز في مقدار المبيع ...
٧٦٨	التمييز بين ضمان الميوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي
٧٦٩	الفرع الثاني - التزامات المشتري
٧٧٠	المبحث الأول - الوفاء بالثمن
٧٧٠	المطلب الأول - التزام الوفاء بالثمن
٧٧٠	§ ١ - على أي شيء يقع التزام الوفاء بالثمن :
٧٧٠	دفع الثمن - إحالة
٧٧٢	دفع الفوائد
	تملك المشتري لثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع وتحمل
٧٧٤	نفقاته من هذا الوقت
٧٧٧	متى تستحق الفوائد القانونية على الثمن
٧٨٢	§ ٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن :
٧٨٢	١ (الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن
٧٨٥	متى يكون الثمن مستحق الدفع
٧٨٨	حبس المشتري لثمن
٧٩٥	ب) المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن :
٧٩٧	الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع
٧٩٨	الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع ...
٧٩٩	المطلب الثاني - جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالثمن
٨٠١	§ ١ - حبس المبيع :
٨٠٤	متى يثبت لحبائض حبس المبيع
٨٠٧	ما الذي يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع
٨٠٩	كيف ينقضي حق البائع في حبس المبيع
٨١٣	§ ٢ - فسخ البيع :
٨١٤	١ (الفسخ القضائي :
٨١٥	متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن
٨٢١	كيف يكون فسخ البيع
٨٢٦	الآثار التي تترتب على فسخ البيع
٨٢٩	ب) الفسخ الاتفاقى :
٨٣١	الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً
	الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه
٨٣٢	أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

صفحة

الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إقرار ، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه	٨٢٤
دون حاجة إلى إقرار	٨٢٦
حكم خاص ببيع المنقول	٨٤٠
الآثار التي تترتب على الفسخ الاتفاق - إحالة	٨٤٠
المبحث الثاني - تحمل مصروفات البيع	٨٤٢
المشتري قام بمصروفات البيع	٨٤٤
البائع قام بمصروفات البيع أو بعضها	٨٤٥
المبحث الثالث - تسليم المبيع	٨٤٧
كيف يكون تسليم المشتري للمبيع	٨٤٨
زمان تسليم المبيع ومكانه	٨٤٩
نقصات تسليم المشتري للمبيع	٨٥١
الجزاء على إخلال المشتري بالتزام تسليم المبيع	



الباب الثاني

عقد المقايضة

تميز عقد المقايضة عن عقد البيع	٨٥٦
تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعتها	٨٥٨
§ ١ - الموافقات بين المقايضة والبيع :	٨٥٩
أركان المقايضة	٨٥٩
الآثار التي تترتب على المقايضة	٨٦١
✓ § ٢ - المفارقات بين المقايضة والبيع :	٨٦٤
مبدأ عام	٨٦٤
تصنيفات لهذا المبدأ العام	٨٦٤

